DIPARTIMENTO DI DIRITTO ROMANO
STORIA E TEORIA DEL DIRITTO
S. M.
ARM. XIV
PAL. VI
1/28.3
UNIVERSITÀ DI BARI

COMMENTARIO

ALLE

PANDETTE

LIBRO XXVIII

PARTE TERZA

SOCI[...]RARIA
Via R[...]foris, 54

BIBLIOTECA
UNIVERSITÀ - BARI
FACOLTÀ GIURISPRUDENZA
III
c
47
SEMINARIO GIURIDICO

FEDERICO GLÜCK

COMMENTARIO
ALLE PANDETTE

TRADOTTO ED ARRICCHITO DI COPIOSE NOTE E CONFRONTI
COL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

già sotto la direzione di

FILIPPO SERAFINI

DIRETTORI

PIETRO COGLIOLO e CARLO FADDA

LIBRO XXVIII

PARTE TERZA

Continuazione di C. F. MÜHLENBRUCH

Tradotto ed annotato

dall'avvocato ALFREDO ASCOLI

Professore nell'Università di Pavia

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis 54

Prezzo L. 16,50

BIBLIOTECA
UNIVERSITÀ - BARI
FACOLTÀ GIURISPRUDENZA
III
C
47
SEMINARIO GIURIDICO

COMMENTARIO ALLE PANDETTE

FEDERICO GLÜCK

DONO del Prof. STELLA MARANCA

COMMENTARIO
ALLE PANDETTE

TRADOTTO ED ARRICCHITO DI COPIOSE NOTE E CONFRONTI
COL CODICE CIVILE DEL REGNO D'ITALIA

già sotto la direzione di

FILIPPO SERAFINI

UNIVERSITA' DEGLI STUDI BARI Seminario Giuridico

DIRETTORI

PIETRO COGLIOLO E CARLO FADDA

LIBRO XXVIII

PARTE TERZA

Continuazione di C. F. MÜHLENBRUCH

Tradotto ed annotato

dall'avvocato ALFREDO ASCOLI

Professore nell'Università di Pavia

UNIVERSITA' DEGLI STUDI - BARI
SEMINARIO GIURIDICO
N. d'invent. 68244

MILANO
SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA
Via Kramer, 4 A - Gall. De Cristoforis 54

1903

Lodi, 1903 - Tip. Ennio Wilmant

LIBRO XXVIII.

TITOLO II *).

De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis (*Continuazione*)

§ 1425 *f.*

La successione necessaria secondo le leggi tedesche e la sua applicazione al patto successorio.

In Germania non erano in origine conosciuti i testamenti [1]), nè in generale un diritto di successione universale completa (vedi nota 7), nè tanto meno un diritto di successione necessaria nel senso romano. Quello che se ne trova nelle elaborazioni del diritto romano fatte negli Stati germanici fondati sul territorio romano, per esempio

[1]) Tacito, *Germania* c. 20; Heineccius, *Dissertatio de testamentifactione iure Germanico arctissimis limitibus passim circumscripta* in *Opusculorum variorum Sylloge,* Halae 1735, Exerc. XXVI, § IX, pag. 934 seg. — M. von Wicht, *Vorbericht zum ostfriesischen Landrechte* (Prefazione al diritto territoriale della Frisia orientale), Aurich 1746 § 6, pag. 14 seg., nota *x*. — Griesinger, *Continuazione* di Danz, *Handbuch des deutschen Privatrechts* (Manuale di diritto privato tedesco secondo il sistema del Runde), vol. IV, pag. 4-23. — Splitgerber, *Specimen historiae iuridicae inauguralis de successione ab intestato ex antiquis gentiun Germanicarum moribus explicata,* Amsterdam 1833 § 1 pagina 5 seg.

*) Tradotto ed annotato dal prof. Alfredo Ascoli.

nell'editto di TEODERICO e nella legge *Romana Burgundiorum*, non può naturalmente considerarsi come un attestazione del diritto vigente in Germania non ostante che i Germani viventi in quei paesi e gli stessi imperatori e principi ed alti ecclesiastici tedeschi testassero secondo il diritto romano [2]. Per lungo tempo non vi furono in Germania che successioni legittime con grandi differenze tanto a riguardo dei subietti [3]) quanto a riguardo degli obietti [4]). L'obbligo di pagare i debiti del defunto passava all'erede, ma solo in quanto l'oggetto ereditato potesse esser gravato di debiti [5]) e ancora soltanto fin che l'eredità bastasse al soddisfacimento dei

---

2) HEINECCIUS, loc. cit. § X, pag. 936. Cfr. SAVIGNY, *Geschichte des R. R.* (Storia del diritto romano nel Medio Evo), vol. I, pag. 268 seg., vol. II, pagina 103-18. — GRIESINGER, *Continuazione* del DANZ, vol. IX § 679, pag. 30 seg. — SPANGENBERG, *Die Lehre vom Urkundenbeweise in Bezug auf alten Urkunden* (Teoria della prova documentale con riguardo ai documenti antichi), Heidelberg 1827, pag. 283 seg. Vedi infra nota 26. Così si spiegano bene anche le formule di testamento che si trovano nelle antiche raccolte di formule (vedi SAVIGNY, loc. cit. vol. I, pag. 273 seg.), le quali però non possono essere considerate come testimonianze vere e proprie dell'applicazione effettiva del diritto romano. Vedi SAVIGNY, loc. cit. vol. I, pag. 402 seg.

3) EICHHORN, *Einleitung in das deutsche Privatrecht* (Introduzione al diritto privato tedesco), § 329, 330; 3.ª ediz. MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts* (Principii di diritto privato comune tedesco), § 382, 383, ediz. 4.ª MAURENBRECHER, *Lehrbuch des heutigen gemeinen deutschen Rechts* (Trattato di diritto comune tedesco attuale), § 538, 539. — SYDOW, *Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels mit Rücksicht auf die verwandten Quellen* (Esposizione del diritto di successione secondo i principii dello Specchio sassone con riguardo alle fonti affini), Berlino 1828, § 4, pag. 16.

4) Cfr. MAURENBRECHER, loc. cit. § 510.

5) Nei tempi antichi tutti gli immobili si ereditavano per regola liberi da ogni debito, in guisa che i debiti non colpivano che il patrimonio mobiliare. Vedi lo *Specchio sassone*, lib. I art. 6. — EICHHORN, *Deutsche Staats- und Rechts-geschichte* (Storia dello Stato e del diritto tedeschi), vol. II § 375. — SYDOW, *Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels* (Esposizione del diritto di successione secondo i principii dello Specchio sassone), § 57 pag. 331 seg. Qui non è il luogo di esporre come questo diritto si mutò a poco a poco, nè ciò sarebbe in stretta colleganza collo scopo della trattazione presente. Cfr. su ciò e sull'argomento della nota seguente EICHHORN, op. cit. vol. III § 456. Aggiungi però alle fonti citate dall'EICHHORN l'antico diritto di Culm, libro IV, cap. 17. Vedi infra nota 22.

debiti [6]; di maniera che può dirsi che un vero rapporto di rappresentanza, una successione universale completa fosse estranea al diritto germanico [7]). Ma anche i patti successorii nel senso in cui

6) *Specchio sassone*, loc. cit. « Chi prende l'eredità deve pagare i debiti del defunto, in quanto l'eredità consista in cose mobili ». Cfr. *Specchio svevo*, pag. 262 § 1. E vi erano anche altre limitazioni: *Specchio sassone*, loc. cit.: « però non è obbligato a pagare i debiti derivanti da furto, rapina o giuoco ». I crediti invece passavano per intero nell'erede. *Specchio sassone*, I, art. 9: Sydow, op. cit., pag. 328 seg. n. 1.

7) L'antico diritto tedesco adunque non conosce una rappresentanza del defunto in forza della quale l'erede sia tenuto pei debiti anche col proprio patrimonio. Tuttavia è fondata su una concezione troppo ristretta della *successio per universitatem* romana l'affermazione consueta dei Germanisti, secondo la quale nel diritto ereditario tedesco non vi sarebbe alcuna successione universale; si è invece notato molto bene in contrario che, sottentrando anche l'erede tedesco in tutti i diritti del defunto, non si può giustamente dire che esso sia un semplice successore singolare. Vedi Mittermaier, *Grundsätze* (Principii di diritto privato comune tedesco), § 382 n. IV. — Sydow, *Erbrecht nach den Sachsenspiegel* (Il diritto di successione secondo lo Specchio sassone), § 54, pag. 313 seg. — Maurenbrecher, *Lehrbuch* (Trattato di diritto tedesco comune attuale), § 541 n. 3. Anche l'Hasse era in origine della stessa opinione, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica) del Savigny, vol. I, pag. 36 nota 14. (Solo nell'Eichhorn non trovo tale concetto). Ma i Romani non esitarono un momento a considerare successione *per universitatem* anche il semplice sottentrare nel complesso dei rapporti patrimoniali attivi (Vedi Pr. I. *de adq. per adrogat.* 3, 10, pr. I *de success. sublatis quae fiebant per bon. vendit.* 3, 12. Cfr. anche la mia *Doctrina Pandectarum*, III § 612). Ciò che costituisce l'essenza di tale successione è il passaggio del patrimonio mediante un unico atto di acquisto. Cfr. Hasse, *Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V, diss. I, pag. 19 seg., 58-62, ove è detto alla nota 4 che sebbene i debiti passino nell'erede del diritto germanico solo nei limiti dell'attivo, « il diritto di eredità germanico è tuttavia da considerare una successione universale, l'assoluto passaggio dei debiti non essendo essenziale per il concetto di successione universale ». L'Hasse pertanto non può essere considerato, come spesso accade, come uno dei difensori dell'opinione per la quale il diritto di eredità germanico è una semplice successione singolare. Vedi Maurenbrecher, *Lehrbuch* (Trattato di diritto tedesco comune attuale), § 541 n. 1. Contro l'opinione che riconosce già nell'antico diritto ereditario germanico una successione universale non si può neppure argomentare dal fatto che l'eredità germanica non possa considerarsi come una massa unica indivisa, ma debba invece considerarsi composta di altrettante masse distinte, quanti sono i diversi rapporti nei quali può aver luogo la successione nei beni di un individuo, per esempio, beni aviti, peculio castrense, dote e simili (Mittermaier, *Grundsätze* (Principii di di-

s'intendono oggi, vale a dire contratti coi quali si fonda un vero diritto di eredità, furono per lungo tempo ignoti al diritto germanico [8]). Al possessore era, per dirla in modo generico, disconosciuto il diritto di disposizione su parti assai notevoli del patrimonio, le quali dovevano essere lasciate agli eredi legittimi, il diritto dei quali per ciò non è per nulla paragonabile a quello degli eredi necessari romani, perocchè essi non potevano esser esclusi mai dall'erede scritto e potevano impugnare come nulla qualunque alienazione anche fra vivi, che fosse avvenuta contro la loro volontà [9]). A questa categoria di beni appartenevano in origine tuti i beni immobili [10]), i quali per ciò erano chiamati di preferenza *hereditas* [11]), e fino ai nostri tempi

---

ritto privato comune tedesco), § 382 n. V. MAURENBRECHER, *Lehrbuch* (Trattato di diritto tedesco comune attuale), § 541 n. 2) perocchè anche colui, che riceveva soltanto ciò che restava dopo la detrazione degli obietti patrimoniali sottoposti a una speciale successione, era sempre un successore universale alla pari dell'erede romano, cui dopo il pagamento dei debiti e dei legati potea restare anche pochissimo. Anche il HUSCHKE, *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* (Museo renano di giurisprudenza), volume VI, pag. 365 seg.), segue i germanisti, considerando egli pure come essenziale al concetto di successione universale l'unità patrimoniale. Noi non vogliamo discutere su ciò. Certo è però che come i Romani considerarono successione universale una successione in tutto il patrimonio senza successione vera e propria nei debiti, tale successione fu conosciuta sempre anche nel diritto tedesco.

8) GRIESINGER, *Continuazione del Commentario del* DANZ, vol. IX § 678, pagina 23-29, ma specialmente HASSE, *Ueber Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenckung Todes halber und wechselseitiges Testament* (Sopra l'istituzione contrattuale, il contratto sull'eredità altrui, la donazione a causa di morte e il testamento reciproco) nel *Rheinisches Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. II, fasc. 1 § 3, pag. 165-73. — BESELER, *Die Lehre von den Erbvertraegen* (Teoria dei patti successori) parte I, Gottinga 1835, pubblicata anche sotto il titolo *Die Vergabungen von Todes wegen nach dem älteren deutschen Rechte* (Le liberalità a causa di morte secondo l'antico diritto tedesco) § 1, pag. 4.

9) *Specchio sassone*, lib. I, art. 52. — SYDOW, *Diritto di successione secondo lo Specchio sassone* (*Erbrecht*, ecc.), § 44, pag. 220 seg. Cfr. ALBRECHT, *Die Gewere als Grundlage des ältern deutschen Sachenrechts* (Il possesso giuridico come fondamento del sistema dei diritti reali nell'antico diritto germanico), Königsberg 1828, § 13, pag. 112. Sul tempo anteriore vedi BESELER, loc. cit. § 5, pag. 48 seg.

10) Vedi, per esempio, *Specchio sassone*, lib. I, art. 52. — SYDOW, op. cit. § 40 pag. 182 seg.

11) HASSE, loc. cit., pag. 174 seg. n. 7.

si è mantenuta in questo riguardo una distinzione fra beni acquistati (*bona acquisita*), dei quali è libera la disposizione, e beni ereditarii (*bona avita*) che non possono essere alienati senza il consenso e il più spesso limitatamente ai soli immobili, tal volta anche tutti gli altri beni ereditati dai parenti [12]). In una parola, per lungo tempo fu regola che senza il consenso degli eredi legittimi nessuno potesse disporre che dei soli beni mobili, ma per il patrimonio disponibile, quindi anche per tutto se non vi fossero eredi o se vi fosse il consenso di questi, l'alienazione poteva anche avvenire in modo che il proprietario del patrimonio garantisse ad alcuno il diritto di successione [13]). Così si venne a stabilire una forma particolare di alienazione, che non era forma contrattuale, ma una tradizione simbolica [14]), nella quale il successore otteneva il possesso giuridico (*Gewere*) e quindi in ogni caso un diritto indipendente che lo garantiva contro le alienazioni [15]). In questo modo non si potevano però donare le cose mobili, per esse occorreva la vera tradizione [16]), salvo che fossero congiunte a cose immobili o in generale collegate all'intero patri-

---

12) Diritto della città di Lubecca, L. I, tit. 10, art. 6; *Diritto municipale amburghese,* parte III, tit. 1 § 7. — HEINECCIUS, *Diss. de testamenti factione iure germanico,* § XXIV. — HAUBOLD, *Lehrbuch des königlichen sächsischen Privatrecht* (Trattato di diritto privato del regno di Sassonia), § 396.

13) Già negli antichi diritti popolari si trova menzione dell'istituzione contrattuale in tutto il patrimonio. « Lex Ripuarior. C. 48. Si quis procreationem filiorum vel filiarum non habuerit, omnem facultatem suam in praesentia regis, sive vir mulieri, vel mulier viro, seu cuicumque libet de proximis vel extraneis, *adoptare in hereditatem* (vedi nota 24), vel adfatimi (nota seguente) per scripturarum seriem, seu per traditionem, et testibus adhibitis, secundum legem Ripuariam licentiam habeat ». HASSE, loc. cit., pag. 175 seg. — ALBRECHT, *Della Gewere,* § 21, pag. 218.

14) *Lex Salica,* cap. 49 (48). Questa è la forma che nei manoscritti corretti è chiamata in modi assai diversi, per esempio, *adfatimi* o *adfatinnire, acfatmire, adframire, etc.* Vedi *Lex Salica ex variis quae supersunt recensionibus una cum lege Ripuariorum,* edidit E. A. T. LASPERRES, Halae 1833, pag. 114-15. Cfr. anche SPANGENBERG, *Die Lehre vom Urkundenbeweise, etc.* (Teoria della prova documentale con riguardo agli antichi documenti), vol. I, Heidelberg 1827, pag. 417, n. 5. Sulla forma stessa vedi pure HASSE, loc. cit., pag. 176 seg., ma sopra tutto BESELER, loc. cit. § 7, pag. 96 seg.

15) ALBRECHT, op. cit. § 19, e specialmente pag. 190 seg.

16) ALBRECHT, op. cit. § 20, pag. 201 seg.

monio presente e futuro [17]), ben inteso nei limiti della facoltà di disposizione del proprietario. In seguito si considerò sufficiente una promessa fatta in giustizia, almeno all'effetto di attribuire al promissario un diritto di successione irrevocabile [18]), il promittente però potea sempre riservarsi la facoltà di disporre liberamente [19]). Ma la stessa promessa giudiziaria non fu sempre ritenuta necessaria; talvolta essa poteva esser sostituita da un documento contrattuale scritto [20]), e si arrivò in fine ad ammettere come regola, limitata spesso però dalle leggi particolari, la sufficienza di una qualunque forma contrattuale [21]). Colle forme si cambiarono a poco a poco anche gli effetti, e mentre prima colui che avea avuto come successore la *Gewere* degli immobili non doveva contribuire per nulla al pagamento dei debiti del defunto [22]), troviamo invece più tardi riconosciuto come principio generale l'obbligo dell'erede contrattuale di pagare i debiti dell'eredità [23]). In questo modo anche in Germania s'abituarono al concetto che il diritto di successione potesse esser deferito per due diversi modi, per legge, cioè, e per disposizione del *de cuius* [23 a]); la

17) Albrecht, op. cit. § 21, pag. 218 seg. Cfr. Beseler, op. cit. § 10, 11, pag. 152 seg.

18) *Specchio sassone*, lib. II, art. 30. Qui il patto successorio valido è designato come eccezione ad una regola generale che lo proibisce: « quando alcuno pretende una eredità non come parente, ma perchè gli fu promessa, ciò non deve ritenersi conforme al diritto, se non si provi che la promessa fu fatta in giustizia ». *Diritto di Magdeburgo* del 1304 art. 21 in Gaupp, *Das alte Magdeburgische und Hallische Recht* (L'antico diritto di Magdeburgo e di Halle), Berlino 1826, pag. 278. Sugli effetti di un patto successorio senza tradizione vedi Albrecht, loc. cit., pag. 304-8.

19) Così l'antico diritto di Culm, lib. IV, cap. 21. — Albrecht, loc. cit., pag. 208, 22 nota 584.

20) Già la legge dei Ripuarii (vedi nota 13) fa menzione soltanto della necessità di una tradizione o di una scrittura. Cfr. Hasse, loc. cit., pag. 181, n. 9

21) Hasse, loc. cit., pag. 196 seg. n. 20.

22) Albrecht, loc. cit., pag. 190 seg. n. 1. — Beseler, loc. cit. § 10, pagina 150 seg.

23) Diritto di Culm, lib. IV c. 20, c. 34. — Albrecht, pag. 221 seg. Vedi Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* (Storia dello Stato e del diritto tedeschi), vol. III § 556.

23 a) Cfr. Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* (Storia dello Stato e del diritto tedeschi), vol. IV, § 572. Nelle leggi tedesche le disposizioni di

uguaglianza sostanziale degli effetti dei due modi di delazione appare forse nel modo il più aperto dalla circostanza che l'istituzione contrattuale si considerava come un atto di adozione dell'istituente [24]. Quale influenza avesse su tutto ciò il diritto romano e quando cominciassero a farsi in Germania i testamenti veri e propri, è cosa che non si può determinare con sicurezza [25]. Una grande analogia colle disposizioni unilaterali di ultima volontà aveva l'istituzione contrattuale pel fatto che in essa al disponente si potea riservare la revoca a pieno arbitrio. Il nome di testamento per le disposizioni di ultima volontà [26] si trova in documenti, i quali non possono far prova di un tale uso in Germania prima del tempo in cui si conosceva almeno il diritto romano; si può dunque ammettere sempre che per testamento s'intendano soltanto le disposizioni a causa di morte unilaterali e revocabili, ma non i patti successori [27], senza che da ciò segua che i testamenti siano stati accolti in Germania al di fuori dell'influenza del diritto romano [27 a]. L'espressione tanto

---

ultima volontà di tutte le specie sono indicate spesso colla parola *Gescheft* o *Gescheffte* (negozio). Vedi anche sotto note 27, 28.

24) Vedi sopra nota 13 e la Glossa allo *Specchio sassone,* L. II, art. 30, la quale comincia così: « Questo articolo parla del diritto imperiale che in latino è detto *de adoptionibus,* in tedesco degli eredi scelti. Perchè nei tempi andati era ammesso che un uomo potesse a proprio arbitrio scegliere per proprio figlio o figlia chi voleva: ed essi erano dopo ciò nella sua potestà ed egli li facea divenire eredi dei propri beni » (vale a dire, egli trasmetteva a loro per eredità i suoi beni). Per ciò è certamente inesatta l'opinione dell'Hasse, loc. cit., pag. 177 seg., il quale crede che qui non si alludesse affatto all'adozione romana. Cfr. anche il *Diritto municipale di Friburgo* del 1520, f. 62 *b* seg.

25) Cfr. in generale Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* (Storia dello Stato e del diritto tedeschi), vol. III § 455, 456. — Hasse, loc. cit., pag. 184 seg. n. 11-17.

26) L'espressione *testamentum* ha anche il significato di documento in genere. Du Fresne, *Glossarium ad scripta infimae mediae latinitatis* v. *testamentum.* Non deve inoltre dimenticarsi quello che è già stato detto alla nota 2 sui testamenti dei tedeschi, come cioè essi non possano in alcun modo considerarsi testimonianze di uno stato di diritto vigente in Germania.

27) Vedi in ispecie Albrecht, loc. cit., pag. 209-17.

27 a) Appunto l'uso della parola testamento nel *Diritto della città di Lubecca* del 1240 art. 161 e in altre antiche legislazioni municipali fa piena prova contro quei germanisti che, come il Mittermaier (*Principii di diritto privato comune tedesco,* § 407), ammettono una origine del testamento in Germania

frequente per indicare le disposizioni a causa di morte non è decisiva qui, perchè nelle leggi particolari e negli statuti che trattano dei testamenti romani, essa si riferisce anche a questo, ma non esclusivamente, anzi è usata talvolta come contrapposto di essi [28]). Pel nostro scopo però noi possiamo esimerci da un esame profondo di questa e di altre simili questioni: basterà solo che mettiamo in particolare evidenza alcune cose che debbono servire di base alla trattazione che segue.

I romanisti hanno cercato invano di contrastare in Germania la validità dei patti successorii sulla base di argomenti tratti solo dal diritto romano [29]). Più facile riuscì loro allo scopo di salvare la libertà testamentaria del diritto romano [30]) di dare ai patti successorii, che spesso si facevano nella pratica, forma e fondamento romani [31]), ciò che però

---

indipendente dal diritto romano. Sarebbe infatti bene strano se una espressione prettamente tecnica del diritto romano fosse casualmente sorta anche altrove ad indicare lo stesso concetto. Altri argomenti per l'opinione qui difesa si trovano in Beseler, *Die Vergabungen von Todeswegen* (Liberalità a causa di morte), § 14, pag. 252-260.

28) Vedi per esempio *Riforma di Norimberga* del 1522, fascicolo 103, dove nella rubrica la parola *Gescheffl* (negozio) è riferita a testamento e a contratto, mentre poi nel testo della legge si ha la evidente contrapposizione *Testament und Gescheffl* (testamento e negozio) o *Testament oder Gescheffl* (testamento o negozio).

29) Cfr. Eichhorn, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte* (Storia dello Stato e del diritto tedeschi), vol. III § 455 nota *m.*

30) Hasse, loc. cit., pag. 191 seg. n. 16.

31) Hasse, loc. cit., pag. 185, 194 seg. Cfr. Eichhorn, loc. cit. § 455 nota *l.* Notevole è anche la dichiarazione di Zasio che il patto successorio benchè diffuso in tutta la Germania deve essere considerato un'anomalia. Nel lib. II capo 7 *Singulorum responsorum,* dove egli cita parecchie anomalie giuridiche o. com'egli le chiama, *anonyma,* fra le altre cose è detto:

« Item in ordinationibus successoriis, quibus tota Germania est referta, hoc videre licet; hae enim nec sunt testamentum, nec codicillus, nec donatio propter nuptias, nec plane pactum, sed est voluntas in genere ».

Queste parole provano che lo Zasio considerava molto giustamente l'essenza del patto successorio come quella di un contratto non diretto alla costituzione di una semplice obbligazione. Vedi Hasse, loc. cit., pag. 169. È del resto una osservazione degli scrittori moderni tanto giusta quanto poco considerata per la pratica questa, che il diritto testamentario romano abbia avuto anche sul patto necessario tedesco e sul suo valore giuridico questa influenza, che si abbia sempre avuto di mira in esso il concetto di una nomina d'erede

dette origine nuovamente a discussioni dottrinali. In alcuni paesi il diritto romano divenne così predominante che i patti successorii o furono ammessi soltanto fra coniugi [32]), o furono aboliti del tutto o quanto meno dichiarati revocabili [33]). Questa conclusione però non si può argomentare dal solo fatto che in alcuni dei diritti particolari o statuti romanizzanti apparsi specialmente nella Germania del Sud dal XIV secolo in poi il patto successorio non sia menzionato. In tali diritti o statuti troviamo il più spesso riprodotto con poche modificazioni il diritto testamentario delle fonti romane, ma cadrebbe in errore chi credesse per ciò ad un uso dominante di quel diritto a quei tempi. Così è che U. ZASIO, il quale prese parte diretta a parecchie di quelle codificazioni, ne assicura che sebbene i liberi avessero facoltà di testare, egli non vide mai un testamento, perchè i testamenti furono in Germania qualche cosa di insolito anche presso le persone del medio stato [34]). Questi statuti e diritti parti-

---

pienamente arbitraria o di una liberalità a causa di morte, e che in origine la parentela fra questa e quella si sia considerata più prossima di quello che non si fece poi quando si cominciò a costruire un diritto privato tedesco sulla base dei concetti generali, e della natura dei rapporti. Confronta HASSE, loc. cit., pag. 168 seg. pag. 182 seg. — ALBRECHT, loc. cit., pag. 213.

32) Vedi per esempio il *Codice civile generale per gli Stati tedeschi della Monarchia austriaca*, § 602.

33) Per esempio nella *Riforma di Francoforte*, parte III, tit. 2, § 4: « Poichè anche il diritto (cioè il diritto romano) vuole espressamente che le eredità non possano esser deferite per patto o per convenzione matrimoniale, così noi vogliamo che tutti i patti o contratti di questa specie coi quali uno sposo lasci all'altro in eredità tutti o parte dei suoi beni siano vietati, e se posti non ostante nei contratti di matrimonio debbano considerarsi nulli e privi di effetto ». Il significato di questa disposizione appare poi dallo stesso § 4 e dal contenuto del paragrafo seguente. Per esso ogni coniuge deve restar libero di disporre del suo patrimonio e solo se non lo fa, nè revoca la convenzione matrimoniale, il contenuto di questa si convalida per la premorienza di lui all'altro coniuge. Lo statuto ammette però la disposizione di ugual trattamento dei figli di diversi letti (*Einkindschaft*) parte III, tit. 10. Analoga è la disposizione del *Diritto di Solms* del 1571, parte II, tit. 18 § 6, 7, tit. 23 § 16, e quella del *Diritto municipale* o *Riforma di Lüneburg* dell'anno 1679, parte III, tit. 5 in PUFENDORF, *Observationes*, t. IV append. pag. 707 seg.

34) Udalr. ZASIO, *Singular. resp.*, lib. I, cap. III, num. 77: « heredes ab intestato habere possunt (homines proprii), et forte ex testamento, quod tamen nunquam vidi, *quando testamentorum usus apud mediae plebis Germanos insolens est* ».

colari non sono per ciò che in loro deriva soltanto dalle fonti romane da considerarsi in ogni singolo punto come documenti della pratica del loro tempo, ma essi hanno piuttosto il carattere di lavori scientifici sul diritto romano. Il diritto romano e i concetti romani formano sempre la base di essi, gli istituti germanici che non si conciliano col diritto romano sono lasciati nell'ombra e spesso neppur menzionati, benchè appartenessero senza dubbio alla pratica. Questo è il caso dei patti successori, i quali il più spesso o non sono menzionati affatto o lo sono soltanto in occasione delle convenzioni matrimoniali, nelle quali apparivano troppo di frequente perchè fosse lecito passarli sotto silenzio anche in lavori che si fondavano essenzialmente su fonti straniere [35]. Ma per la pratica del tempo essi erano molto importanti, e sta in essi appunto uno dei motivi fondamentali per cui il diritto romano dominò presto tutti i rapporti giuridici da regolare e in particolare la successione universale nel senso romano divenne la regola per la determinazione del diritto dell'erede, come il testamento romano e la successione romana divennero regole per le disposizioni a causa di morte [36].

---

35) Confr. il *Diritto municipale di Friburgo*, del 1520, parte III, tit. 2, app. 54 *b*. In tempi più tardi, quando la tendenza a una determinazione precisa e a uno sviluppo dei concetti giuridici era divenuta dominante, anche i patti successorii non furono più trascurati nei Codici.

36) Questa verità è, salvi pochi limiti ed eccezioni, generalmente riconosciuta. Vedi Mittermaier, *Grundsätze, etc.* (Principii di diritto privato tedesco), § 382. — Maurenbrecher, *Lehrbuch* (Trattato di diritto tedesco comune attuale), § 556. Sembra strano che ciò avvenisse così tardi, perchè spettando molto probabilmente a ciascuno la piena libertà di disporre con atto di volontà unilaterale della propria successione, i testamenti doveano esser favoriti anche da quel sentimento che li facea considerare come la fonte principale delle ricchezze d'ognuno. Da ciò si vede tuttavia quanto profondamente fosse radicata in Germania l'opinione che agli eredi legittimi non si potesse togliere il loro diritto senza il loro consenso. E così si spiegano anche i privilegi coi quali è concesso agli abitanti di singole città di far testamento. Vedi Heineccius, *De testamentifactione iure germanico passim circumscripta*, § XI. — Mittermaier nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica), vol. II, Diss. XIV, pag. 351-359, n. XI. — Griesinger, *Continuazione del* Danz, vol. IX, pag. 48-75. Così si spiega parimente come le liberalità a causa di morte fossero rese difficili dalla condizione che il disponente dovesse essere nel possesso delle sue forze

Se ora veniamo al nostro tema, dal fin qui detto appare che la questione circa il modo di comportarsi della successione necessaria romana nella pratica tedesca non può esser risolta sulla base dei più antichi diritti particolari fondati sul diritto romano, perchè in questi si trovano anche talune inconseguenze dovute ai trattati di diritto romano, le quali non poterono certamente essere il portato della pratica, benchè siano state talvolta dalla pratica stessa seguìte ciecamente [37]). Sotto questo riguardo sono da preferire le ricerche e le trattazioni degli scrittori pratici occasionate da casi pratici, quali noi abbiamo già utilizzato, per quanto servissero al nostro scopo, nel volume precedente. Quei diritti particolari però offrono qualche risultato importante anche per la ricerca presente. In primo luogo in alcune materie appare una certa indipendenza anche nel fatto che sono decise alcune controversie già agitate fra i romanisti col toglier di mezzo le indeterminatezze delle fonti da cui esse derivavano: così, per esempio, per ciò che riguarda i motivi di diseredazione [38]), che

---

fisiche (*Specchio sassone*), I, art. 52. — Albrecht, *Della Gewere*, pag. 202-204. — Phillips, *Ueber das Rechtssprüchwort* (Sul proverbio giuridico che il morto fa erede il vivo) nella *Zeitschrift, etc.* (Rivista di giurisprudenza storica), vol. VII, pag. 7 seg.; con che concorda anche la disposizione degli Statuti di Colonia del 1463, art. 2, secondo la quale il testatore deve aver fatto sette passi da sè non guidato da alcuno.

37) Appartiene a queste per esempio la disposizione consueta che un testamento rotto per agnazione di postumo cada in ogni sua parte (vedi *Diritto municipale di Freiburg*, III, tit. 5, 70 *b*; *Diritto territoriale del Würtemberg*, III. tit. 20 § 7; *Diritto territoriale del Baden* del 1622, parte V, tit. 20 § 6; *Statuti della città di Basilea* del 1719, parte III, tit. 15, pag. 134; *Codex Maximilianeus Bavaricus civilis*, parte III, tit. 3 § 25 n. 3), mentre invece la preterizione o l'esclusione di un *suus heres* già esistente al tempo della confezione del testamento è trattata secondo le regole della Nov. 115; evidentemente perchè la rottura del testamento per agnazione di postumo si trovò scritta letteralmente nel diritto romano, mentre la Nov. 115 non parla espressamente del postumo. Vedi sopra § 1425 *c* pag. 848 e sotto nota 78.

38) Vedi per esempio il *Diritto territoriale del Würtemberg* del 1609, parte III tit. 17 pag. 395; *Codex Maximilianeus Bavaricus*, parte III, cap. 3 § 16 n. 12. Disposizioni speciali sulla legittima e sulla diseredazione ha il diritto municipale di Friburgo del 1520. Esso distingue i figli ai quali nulla può rimproverarsi dagli ingrati, ma distingue poi questi da coloro che hanno meritato la diseredazione. Ai primi nulla può essere tolto della loro parte ereditaria, salvo che gli ascendenti abbiano acquistato i beni dopo lo scioglimento

spesso sono anche riprodotti letteralmente dalla Nov. 115 [39]). In secondo luogo talvolta uno speciale riguardo si è avuto per ciò che concerne certe tendenze dei diritti particolari applicando ad esse i principii della successione necessaria: qui si può ricordare come in talune legislazioni particolari i coniugi siano considerati legittimarii, dei quali però è possibile l'esclusione o diseredazione per determinati motivi [40]). In fine questi diritti particolari confermano il risultato ottenuto nel volume precedente, la tendenza cioè di essi a semplificare le conseguenze della violazione del diritto di successione necessaria. Sotto questo aspetto il contenuto di essi merita sopra tutto la nostra attenzione. Dal fin qui detto però appare che un dato diritto particolare è per noi tanto più interessante quanto più si avvicina ai tempi moderni. I principî del diritto romano di successione necessaria accolti nei diritti particolari dei tempi più antichi, potevano considerarsi soltanto come l'opinione personale dei singoli compilatori, anche nei punti dove concordavano fra loro, perchè, com'è noto, nella redazione di quei diritti solevano essere utilizzati i diritti già esistenti del paese o della città, come ne è provato spesso dalla stessa loro concordanza letterale. Quando però il diritto di successione necessaria romana si fu introdotto nella pratica, nell'applicazione dei diritti particolari si dette importanza tanto alla fonte da cui essi erano tratti quanto ai concetti del diritto patrio, e tutto ciò in-

---

del primo matrimonio, nel qual caso devono essere lasciati loro soltanto i due terzi di questi beni. I figli semplicemente ingrati, quelli cioè che si sono portati poco bene, hanno diritto ad una metà di ciò che spetterebbe altrimenti loro a titolo di legittima, infine possono essere esclusi del tutto dall'eredità quelli soltanto che possono essere diseredati per cause determinate, che sono in sostanza tratte dal diritto romano. Parte III, tit. 3 f. 57 tit. 5, 72, 73 tit. 9 art. 3 f. 82. Vedi anche il diritto territoriale del Palatinato sotto a nota 73.

39) Talvolta si rimanda anche semplicemente al diritto romano senza enumerazione dei motivi di diseredazione. Vedi per esempio il diritto territoriale di Solms. Parte II, tit. 13 art. 15: ordiniamo che gli ascendenti, come padre e madre, avo e ava, nominino eredi ed istituiscano in ogni modo nei loro testamenti i figli, nipoti e pronipoti, salvo che abbiano motivi sufficienti determinati e dichiarati nella legge per diseredarli.

40) Vedi per esempio il *Diritto territoriale del Würtemberg* del 1609, parte III tit. 19; il *Diritto territoriale del Baden*, parte V, tit. 19.

fatti ne è attestato dalle nuove redazioni di quei codici. Ciò che si trova in essi deve dunque considerarsi come il risultato di un apprezzamento più preciso del suo significato, dei suoi rapporti colla pratica e delle opinioni più diffuse su questi e su quello. Sotto questo riguardo merita principalmente la nostra considerazione il Codex Maximilianeus Bavaricus civilis del 1756. Esso ha più d'ogni altro codice la forma d'un trattato scientifico di diritto; noi troviamo in esso le definizioni consuete, le partizioni, la menzione espressa di concetti e di dottrine del diritto comune che non hanno più alcun valore, in una parola tutto ciò che di solito non manca nei trattati di diritto comune fatti con riguardo speciale all'uso moderno, e persino nella forma esteriore della trattazione esso segue quei trattati. Per far ciò bisognava avere una ricca esperienza e la conoscenza di una massa di trattazioni scientifiche prodotte dall'interesse che presenta la elaborazione delle fonti del diritto nell'immediato suo rapporto con la pratica. Con quanta coscienza tutto ciò sia stato pesato si è provato dalle annotazioni fatte al Codice Massimiliano Bavarese dal suo autore il cancelliere KREITZMAYR: nel dubbio è sempre accolta la *comunior sententia* e le annotazioni ci attestano ad ogni pagina la cura spesa a tal fine.

Molto prima però era già apparso nella Germania del Nord un codice il quale, specialmente per il diritto successorio, aveva preso tanto dal diritto romano, alcune cose determinando più precisamente e riconoscendo o viceversa dichiarando espressamente inapplicabile il diritto fino allora vigente, che esso ha per noi la stessa importanza delle redazioni più tarde di altri diritti particolari. È questo il nuovo diritto territoriale della Frisia orientale dell'anno 1515 [41]). Solo poche

---

41) *Il diritto territoriale della Frisia orientale e quelli di Deich e di Syhl raccolti da parecchi antichi manoscritti e spiegati da Melchiorre von* WICHT, Aurich 1746. — Anche qui si trovano definizioni scolastiche, come per esempio quella del testamento al libro II, capo 202, e l'attaccamento dell'autore al diritto romano ci è provato fra le altre cose dalla enumerazione dei motivi di diseredazione (libro II, capo 44 e 45) delle condizioni di una valida diseredazione, capo, 47 e dall'esclusione della madre dall'eredità dei figli quando essa non provochi dentro un anno la nomina dei tutori. Libro II, capo 423. Altre prove saranno addotte in seguito.

disposizioni di esso ne indicano l'origine germanica [42]), e non solo la mancanza di un conveniente ordine [43]) ricorda la sua antichità, ma non mancano neppure indeterminatezze e contradizioni, di maniera che questo codice non è una prova di dottrina e di accuratezza minuziosa del suo autore come il codice bavarese.

Dagli statuti della Germania nel Nord noi volgiamo di preferenza il nostro sguardo al diritto della città di Lubecca. Esso tuttavia non ci offre quasi alcun materiale immediato per una comparazione quale noi desideriamo, e soltanto per la sua importanza sotto altri riguardi dovremo in seguito tornare ad occuparci di esso. Del tutto fuori da questa comparazione noi dobbiamo lasciare invece quei diritti particolari o statuti, i quali, benchè appartengano al periodo, nel quale la validità del diritto romano in Germania era già stata pienamente riconosciuta [44]), o nulla sanno del diritto romano dei te-

---

42) Sono fra queste il principio che ogni bene ereditario torna alla linea dalla quale è venuto (cap. 112 seg. e altri testi), il limite della facoltà di alienare gli immobili (cap. 254), il requisito della sanità e pienezza di forze del disponente per la validità del testamento e delle altre liberalità (cap. 173 174, 196, 197). È degna di nota l'interpretazione della disposizione contenuta in uno dei più antichi diritti particolari, per la quale l'uomo che giace sul letto di malattia non possa senza il consenso dei propri lasciare ai propri santi e ai propri patroni più di un marco inglese. Questa disposizione s'interpreta come riferentesi soltanto ai patroni e alle chiese, onde si dispone che a un laico si possa anche lasciar di più (cap. 173, con che però non concorda la disposizione del cap. 197). Così si era rovesciata la cosa, perchè in antico si facevano invece di preferenza a favore delle chiese eccezioni ai limiti della libertà di disporre.

43) Certamente l'ordinamento originale di questo Codice non è fatto con perfetta cognizione di causa. Vedi Wicht, *Prefazione*, § 54-57, pag. 196 seg.

44) A questo apparterrebbe prima di tutto l'antico *Diritto di Culm*, Torn 1584. Ma la sua redazione originaria si può riportare al 1394 e la sua base poi è il *Diritto di Magdeburgo* ancor più antico. Vedi Gaupp, *Das alte Magdeburgische und Hallische Recht* (L'antico diritto di Magdeburgo e di Halle), Breslavia 1826 pag. 122 seg. nota 2. Anche gli *Statuti di Verden* (Pufendorf, *Observationes iuris universi*, t. I app. pag. 77 seg.) non tradiscono con nessuna parola alcuna conoscenza del diritto romano. Però hanno pochissima importanza per noi anche quegli statuti che conoscono il testamento come disposizione unilaterale di ultima volontà, ma poi non si allontanano nel resto dai principii dell'antico diritto germanico e non conoscono per conseguenza il diritto della successione necessaria romana. Così per esempio gli *Statuti*

stamenti e delle successioni necessarie, oppure ne parlano soltanto in modo generico con o senza riferimento espresso al diritto romano [45]). Per ciò che riguarda infine le legislazioni fra le quali si fa la comparazione, noi non pretendiamo di esser completi e neppure la completezza esteriore è necessaria per giungere ad un risultato sicuro sulla questione come si sia comportato il diritto romano della successione necessaria in quei paesi della Germania dove esso fu in generale riconosciuto. Per questo motivo non occorre neppure prendere in particolare considerazione le modificazioni derivanti necessariamente dalla differenza vigente in qualche luogo fra beni ereditati e beni acquistati, o dalla comunione di beni fra coniugi ammessa in così gran parte della Germania. Basta sapere che accanto a questi principî vigeva pure il diritto romano. Il risultato è dunque nel complesso sempre lo stesso, tutto il resto deve esser lasciato allo studio dei diritti particolari.

1.° Hanno diritto alla legittima i discendenti e gli ascendenti [46]) e ai primi è talvolta conservato il diritto alla legittima anche dopo la partecipazione alla divisione del patrimonio fatta dall'ascendente [47]). Il

---

di Colonia del 1437 (art. 2 seg.); la *Riforma dell'antico territorio* del 1517 (in PUFENDORF, t. IV, app. pag. 42); il *Diritto territoriale di Hadeln* del 1581 (in PUFENDORF, parte I app. pag. 3 seg.), parte III, tit. 7 seg.; il *Diritto territoriale di Hova* del 1581 (PUFENDORF, *Observationes iuris un.*, t. III, app. pag. 3 seg.), art. 2 seg.; gli *Statuti di Offenburg* (WALCH, *Beiträge* (Contributi allo studio del diritto tedesco), I pag. 164 seg., 168); la *Riforma di Ratzeburg* del 1582 (PUFENDORF, t. IV app. pag. 234 seg.).

45) Per esempio gli *Statuti di Saalfeld* del 1588 art. 20, 21 (in WALCH, *Beitraege, etc.* (Contributi al diritto tedesco), I pag. 164 seg., 168) e la *Riforma di Ratzeburg* del 1582 (in PUFENDORF, t. IV, app. pag. 234 seg.).

46) Questo è riconosciuto in tutti e di rado anche mancano i quattordici motivi di diseredazione pei discendenti e gli otto per gli ascendenti. Questa enunciazione anzi è talvolta ritenuta così fondamentale che tutto il resto, per esempio l'effetto della preterizione o della esclusione ingiusta, non è neppur determinato. *Diritto di Braunschweig* del 1532, in PUFENDORF, t. IV pag. 114 seg. app. e *Diritto di Basilea* del 1719, parte III, tit. 13 seg.

47) Le parole tedesche *abgetheilte* o *abgeschichtete* (divisi o separati) usate talvolta nelle leggi a riguardo dei figli partecipi della divisione sono un po' indeterminate e i diritti particolari non si esprimono mai con precisione sul significato di queste o simili espressioni, o non se ne servono affatto, ciò che è anche meglio, quando la cosa è indicata in sostanza con sufficiente precisione.

diritto alla legittima dei fratelli talvolta è riconosciuto espressamente[48]),

---

Così il *Diritto territoriale del Würtemberg* del 1567, parte III, pag. 289 dice: « I figli non hanno diritto ad alcuna legittima, quando siano stati soddisfatti per l'eredità paterna e materna, e per così dire nella loro legittima, mentre invece conservano il diritto di successione necessaria quando abbiano avuto la parte a loro spettante soltanto sul patrimonio paterno o materno ». Questa disposizione manca nella revisione del 1609, sebbene essa fosse consona ai principii generali del diritto. Vedi MITTERMAIER, *Grundsätze, etc.* (Principii di diritto tedesco) § 355 nota 11. — MAURENBRECHER, *Lehrbuch* (Trattato di diritto tedesco comune attuale), § 500. Confronta infra nota 94. Anche negli scrittori di diritto privato tedesco però si trova ben poca precisione per ciò che riguarda l'uso e il significato di quelle parole. Vedansi per esempio le diverse spiegazioni dell'espressione tedesca *einen Ausspruch thun* (fare una dichiarazione), per la quale secondo una esperienza di molti anni da me fatta come membro del tribunale degli orfani in Rostock, suole intendersi la dichiarazione colla quale il coniuge superstite assicura ai proprii figli, tutti o alcuni, determinate cose, somme o quote invece di ciò che toccherebbe loro nella divisione, riconoscendosi loro debitore, senza che però il figlio così soddisfatto perda il suo diritto di eredità sul patrimonio del genitore. Il *Diritto di Lubecca,* art. 33, tit. II, lib. II, sembra riferire questa espressione a una vera separazione. Ma, dove vige il diritto di Lubecca, si attribuisce sopra tutto importanza al contenuto della dichiarazione, e certamente dal solo uso di tale espressione non si può argomentare una vera separazione, anzi deve piuttosto ammettersi nel dubbio che i figli non siano stati separati l'uno dall'altro, ma solo siano stati in tal modo soddisfatti per la parte che riguarda il patrimonio del genitore premorto. Anche le espressioni *Absonderung* (separazione), *abgesonderte Kinder* (figli separati) ad alcuni non sembrano chiare, onde si è fatta la distinzione fra *separatio simplex* e *qualificata*. Vedi MAURENBRECHER, *Lehrbuch* (Trattato di diritto tedesco), § 499, 500, pag. 638, 640). Da ciò nascono facilmente delle dispute quando un diritto particolare si esprime senz'altro così, come ad esempio pel *Diritto municipale di Rostock* del 1757, parte II, tit. I, § 29, dove è detto: « Ai figli separati non spetta alcuna legittima, salvo che non ve ne fossero dei non separati, nel qual caso tocca loro la legittima ».

48) Il *Diritto territoriale della Frisia orientale* (vol. II, cap. 148) contiene una disposizione speciale sulla *turpis persona:* « quando il fratello abbia lasciato i suoi beni ad una persona in fama di disonorevole, come per esempio alla sua concubina, ad una prostituta, o a un figlio nato da persone che non si potrebbero sposare... o a banditi, malandrini, adultere o in generale a persone che conducano vita disonorata ». Questo *Diritto* enuncia anche tre motivi di diseredazione pei fratelli (cap. 149), e sono quelli enumerati nella Nov. 22 cap. 47 pr., v. sopra § 1425 *d* pag. 867 seg. del volume precedente. Lo stesso avviene nell'edizione riveduta del *Diritto municipale della città libera di Wimpfen* del 1775, vol. I, parte IV, tit. 6 § 4, in Guglielmo NAHMER *Die*

talvolta è espressamente negato [49], talvolta non se ne parla [50]. Gli scrittori non sono d'accordo circa il significato di questo silenzio. Se la questione si deve risolvere secondo i giusti principii generali, bisogna distinguere se il diritto particolare sia semplicemente correttivo o indipendente. Quest'ultima qualità non sarebbe esclusa, per quanto io credo, neppure dal fatto che la legislazione particolare avesse tratto il suo materiale dal diritto comune o trattasse la stessa materia che questo. Se essa non contiene semplici aggiunte o modificazioni al diritto comune, o rinvio a questo, essa deve interpretarsi ed applicarsi alla pari di questo: il diritto comune si applica dunque soltanto nei casi pei quali il diritto particolare non offre alcuna regola precisa di soluzione. Se noi facciamo una applicazione di questo principio al nostro caso, dovremo concludere che se in un dato diritto particolare, che non si dichiara semplicemente correttivo nè rinvia al diritto comune pei punti non decisi, si trova un qualche regolamento del diritto di successione necessaria, è da dire che questo sia un regolamento completo, e quindi non possa considerarsi erede necessario chi non è nominato tale. Tuttavia

---

Landrecht der Ober- und Mittelrheins (I diritti territoriali del Reno superiore e medio) vol. II, Francoforte 1831, pag. 1181. Nel *Codex Maximilianeus Bavaricus* si distingue con tutta precisione, come in un qualunque compendio moderno dopo la dissertazione di Heise, *De successionibus necessariis*, fra eredi necessari proprii « i quali o debbono essere legittimamente diseredati o debbono essere istituiti eredi almeno nella legittima », e semplici legittimari, fra i quali son posti i fratelli e le sorelle; parte III cap. 3 § 14, § 18. Neppur qui manca l'enunciazione dei tre motivi di diseredazione. Vedi Kreittmayr al § 18 n. 11 pag. 1053. Il diritto di successione necessaria dei fratelli o sorelle è riconosciuto anche nel *Diritto municipale di Amburgo* del 1603, parte III, tit. 1, art. 34 quando « sia stata istituita erede una persona disonorevole », e nel *Diritto territoriale di Nassau-Catzenellenbogen* del 1616, parte III, cap. 4, art. 11 (in Nahmer, loc. cit., vol. I pag. 221). — Talvolta è lasciato indeterminato di quali fratelli o sorelle si parli, talvolta la legittima è attribuita espressamente ai soli fratelli o sorelle germani. Vedi l'ultimo dei diritti territoriali citati in questa nota.

49) Per esempio *Riforma di Norimberga* del 1564, tit. XXIX, art. 8, fol. 184 *a*. *Riforma di Francoforte* del 1578, parte IV, tit. 3, art. 10. *Mandato reale sassone del 1829 contenente i principii della successione legittima allodiale e varie disposizioni su alcuni rapporti giuridici congiunti ad essa*, § 64.

50) È il caso consueto.

non si può negare che questa conclusione non concorda col modo di vedere più comune sul rapporto fra i diritti particolari tedeschi e il diritto comune [51]): ma certamente al tempo in cui l'influenza del diritto romano in Germania era divenuta prevalente si andò tanto in là fino ad ammettere che nell'applicazione dei diritti particolari si supponessero tacitamente applicabili anche le regole del diritto romano ad essi del tutto estranee, producendo così errori e difficoltà che non sarebbero sorte nella semplice applicazione dei diritti particolari [52]). Onde si venne a ritenere generalmente che anche ai fratelli non menzionati nei diritti particolari spettasse un diritto di successione necessaria secondo le regole del diritto comune [53]).

In certo modo anche ai collaterali più lontani è riconosciuto un diritto di legittima, e cioè nel senso che a loro deve esser lasciata una parte determinata del patrimonio ereditario quando non vi siano giusti motivi che ne giustifichino il toglimento [54]). Disposizioni analoghe si hanno in taluni statuti per la legittima del coniuge, coll'enunciazione in particolare di determinati motivi pei quali questa è esclusa [55]). Di regola però la preterizione non nuoce in questo caso

---

51) Vedi Mittermaier, *Grundsätze* (Principii di diritto tedesco), § 28 n. 1.

52) Vedi sotto il testo a nota 97 seg.

53) Federico Griesinger, *Commentar über das Würtembergische Landrecht* (Commentario sul diritto territoriale del Würtemberg), vol. VI, pag. 411 seg., § 96.

54) *Diritto municipale di Friburgo* del 1520, Parte III, tit. 5, art. 8, f. 65 *b*. Qui però non si parla della diseredazione di simili collaterali, sono semplicemente enunciati alcuni altri motivi pei quali sarebbe giustificata la loro esclusione, per esempio, si dà un diritto ai beni a colui verso il quale alcuno ha il dovere della gratitudine. Al contrario nel *Diritto territoriale di Buttjading* del 1664, art. 34, 45, è disposto che gli eredi prossimi, quelli cioè fino al quarto grado inclusivo secondo la computazione canonica, debbano essere esclusi dai beni aviti od ereditari mediante una diseredazione formale. Pufendorf, *Observationes iuris universi*, Tomo IV, App. pag. 609 seg. Si vede del resto chiaramente che questo diritto di successione necessaria alla pari di quello, che ora enunceremo, del coniuge ha piuttosto il carattere di limitazione del diritto ereditario dell'erede necessario stesso che quello di limitazione della libertà di disporre del testatore.

55) *Diritto territoriale del Würtemberg* del 1567, Parte III, pag. 263 seg. Revisione del 1609, Parte III, tit. 19. Il Griesinger, *Commentario*, vol. VI, pagina 458, sostiene, ma a torto, che già nel diritto romano potesse aver luogo

alla validità del testamento, solo il coniuge preterito può pretendere la legittima come un debito degli eredi [56]). Si vede da ciò come si mischiassero qui diritto romano e diritto germanico, non certo a vantaggio del coniuge, mentre pure qui si aveva di mira quel vantaggio. Infatti i diritti particolari espongono questo diritto come un limite alla regola della libertà testamentaria. Ora ciò potrebbe essere esatto se questo diritto del coniuge fosse stato introdotto per la prima volta da quei codici, ma poichè ciò non è, esso appare in sostanza come una limitazione del diritto di successione legittima del coniuge.

2.° Per ciò che riguarda il modo come gli eredi necessari debbono esser considerati, talvolta è prescritto solo in generale che essi non possano esser esclusi senza l'indicazione del motivo [57]), ma più

---

una diseredazione del coniuge. *Diritto territoriale del Baden* del 1622 e del 1710, Parte V, tit. 19: *Diritto territoriole prussiano,* Parte II, tit. 2.° § 631-633; il *Mandato reale sassone* del 1829 § 84-89. Il § 86 dispone: « la diseredazione di un coniuge è valida soltanto quando sia fatta coll'indicazione espressa del motivo e coll'osservanza di tutte quelle forme esteriori, che sono richieste pel testamento giudiziario o pel testamento privato solenne ».

56) *Diritto territoriale del Würtemberg,* Parte III, tit. 16 § 2 e GRIESINGER, loc. cit., pag. 418 seg. § 98. In altri diritti particolari manca il più spesso una disposizione espressa in proposito, ma la conseguenza si argomenta ugualmente dal fatto che l'invalidità di un testamento per preterizione degli eredi necessari è stabilita soltanto pei discendenti e per gli ascendenti. Negli Statuti di Franconia del 1558, che del resto sono fatti assai male e attestano la scarsa conoscenza del diritto del loro autore, è detto invece all'art. 8 che un testamento si annulla anche per preterizione o ingiusta diseredazione del coniuge.

57) Di fronte a simili disposizioni generiche si deve ammettere però come regola che si applichino le disposizioni del diritto comune, perchè il fatto solo che siano riconosciuti in generale i diritti dell'erede necessario secondo il diritto comune fa concludere che tutto ciò che non è stato espressamente regolato si regoli secondo il diritto romano. Diversa è la conclusione per quelli Statuti che dispongono espressamente che la mancanza dell'istituzione d'erede non annulli il testamento e che gli eredi necessari non possano lamentarsi quando loro sia lasciata in qualunque modo la legittima, come ad esempio il *Diritto municipale di Amburgo,* Parte III, tit. 1, art. 22, 23, e più chiaramente il *Diritto territoriale di Magonza* del 1755, tit. IX § 10, in NAHMER, Vol. II, pag. 714. Al contrario però si deve anche supporre che quando un diritto particolare parla di istituzione o diseredazione formale, senza indicare espressamente i fratelli, debba per questi valere anche nel riguardo formale

spesso è richiesta l'istituzione o la diseredazione formale degli eredi necessarii, talvolta senza distinzione di categorie, nel qual caso però la legge non tocca che gli ascendenti e i discendenti, talvolta poi soli discendenti. Di solito qui vi ha un riferimento più o meno letterale del diritto romano. Difficilmente veniva l'idea di allontanarsi a bella posta da questo, soltanto si cercava di esporne il contenuto come si era concepito o compreso. Per ciò noi troviamo quasi tutte le opinioni possibili sul modo come gli eredi necessari debbano essere formalmente presi in considerazione. Qui dobbiamo limitarci ad enumerare solo le seguenti particolarità: *a*) è prescritta l'istituzione formale degli eredi necessari [58]): in tal caso se sono nominati soltanto i discendenti [59]), ma non ad esclusione di ogni altro la logica vuole che la disposizione si applichi anche agli ascendenti [60]). *b*) La forma della diseredazione talora è stabilita secondo le regole delle Pandette, essa cioè deve aver luogo in un valido testamento, senza aggiunta di condizioni e a riguardo di tutta l'eredità [61]), e

---

il diritto romano e quindi non sia necessaria nè l'istituzione nè la diseredazione formale; soltanto se la legge enumera speciali motivi di diseredazione pei fratelli occorrerà che uno di essi sia addotto e provato.

58) Questo avviene assai di frequente. Esempi: *Diritto territoriale di Solms* del 1571, Parte II, tit. 23 § 15 (Nella ristampa fattane dal Nahmer, *Manuale*, I, manca la divisione dei titoli in paragrafi che molto opportunamente invece trovasi in altre edizioni); *Riforma di Francoforte* del 1578, Parte IV, tit. 3, art. 3; *Diritto territoriale di Nassau-Catzenellen* del 1616, Parte III, cap. 4, art. 7 in Nahmer, vol. I, pag. 220; *Riforma di Lüneburg* del 1579, Parte IV, tit. 3, in Pufendorf, *Observationes iuris*, Parte IV App., pag. 718 seg. *Codex Maximilianeus bavaricus*, tit. III, cap. 3 § 14. Nel *Diritto territoriale bavarese* del 1616, tit. XXXV, art. 1 si parla solo della necessità d'istituire i discendenti. — *Diritto municipale di Wimpfen*, Parte IV, tit. 4 § 2. — Vedi la nota seguente e la nota 65.

59) Vedi, per esempio, *Diritto territoriale del Würtemberg*, Parte III, tit. 14 § 1 confrontato col tit. 15 § I. Non capisco però come il Griesinger possa affermare nel suo *Commentario*, vol. VI, pag. 406 § 94, che i figli debbano istituire i genitori nella legittima e che il *Diritto del Würtemberg* si distingua per ciò dal diritto comune, cui è ignota, secondo lui, questa forma.

60) Vedi sopra pag. 741 del volume precedente e nota 57 qui.

61) *Diritto territoriale della Frisia Orientale*, lib. II, cap. 47; *Codex Maximilianeus bavaricus*, Parte III, cap. 3 § 16; *Diritto municipale di Wimpfen*, Parte IV, tit. 6 § 6. In quasi tutti i diritti particolari poi è stabilita la necessità di addurre e provare un motivo di diseredazione. Vedi *Diritto munici-*

anche qui talvolta la disposizione parla di tutti gli eredi necessari [62]), tal'altra dei soli discendenti [63]). c) Di solito si richiede anche che la legittima stessa (che è chiamata il necessario per vivere o anche la parte naturale) [64]) sia lasciata a titolo d'istituzione d'erede [65]); in generale però è accolta la disposizione di GIUSTINIANO sul supplemento della legittima lasciata incompletamente [66]), ed anche per ciò che riguarda le offese fatte ai legittimarii con donazioni o doti inofficiose si trovano disposizioni identiche a quelle del diritto romano [67]).

3.° La *bonorum possessio contra tabulas* non è mai menzionata, ma è detto che la *bonorum possessio* come produttiva di diritto di eredità è abolita in generale [68]). Si può però ritenere come regola

---

pale di Amburgo, Parte III, tit. 1 art. 30, 33; *Diritto municipale di Lüneburg,* Parte IV, tit. 3 § 1.

62) Vedi il Codice bavarese, *loco citato.*

63) Vedi il *Diritto territoriale della Frisia Orientale,* Lib. II, cap. 47. Pel diritto comune vedi sopra pag. 741 del volume precedente.

64) Per esempio, *Diritto municipale di Braunschweig* del 1532 in PUFENDORF, *Observationes,* Pars IV App, pag. 113.

65) Vedi, per esempio, *Diritto municipale di Friburgo* del 1520, Parte III, tit. 5, f. 70 *b*; *Diritto territoriale di Nassau,* Parte III, cap. 4, art. 8; *Diritto territoriale del Palatinato* del 1698, Parte III, tit. 12, art. 3 in NAHMER, volume I, pag. 506; *Diritto territoriale del Baden,* Parte IV, tit. 14 § 2; *Codex Maximilianeus bavaricus,* tit. III, cap. 3 § 15 n. 6. Pel diritto comune non è necessario, almeno secondo l'opinione più giusta, che la legittima sia lasciata a titolo di erede. Vedi sopra § 1421 *d*, pag. 215 e segg. e pag. 741.

66) Ciò avviene in tutti gli Statuti e diritti particolari nei quali si trova un qualche regolamento preciso del diritto di successione necessaria. In nessun luogo quella disposizione si trova abolita.

67) Qui può ripetersi l'osservazione finale della nota precedente; solo però della *donatio* e della *dos inofficiosa* non è fatta così spesso menzione come dell'azione suppletoria della legittima.

68) Nel *Cod. Max. bavaricus,* Parte III, cap. 1 § 2 è detto: « Per ciò che riguarda la così detta *hereditas praetoria* o *bonorum possessio,* essa non è più in uso oggi, salvi i casi enumerati nei seguenti §§ 12, 13 »: ma questi casi sono soltanto le due *bonorum possessiones* conservative *ventris nomine* e *ex Carboniano edicto.* Il KREITTMAYR, *Annotazioni* citate, Parte III, pag. 841 n.° 2, fa la seguente nota alla dichiarazione che non sia più in uso la *bonorum possessio* come produttiva di diritto ereditario: « i pretori concedevano in vece dell'*hereditas* le *bonorum possessio,* che però non era che un giuoco di parole. Di questa eredità pretoria si tratta specialmente nel libro III, tit. 10 delle Istituzioni, ed essa dà molto da fare agli studiosi perchè è assai difficile

riconosciuta il seguente principio: Siano i discendenti o gli ascendenti preteriti o esclusi in forma illegittima, o sia mancata la prova del motivo di diseredazione addotto, si applicano sempre le disposizioni della Novella 115, e il testamento è nullo soltanto per ciò che riguarda l'istituzione d'erede [69]). Sebbene, infatti, sia talvolta detto in generale che il testamento è nullo, inefficace o invalido, il più delle volte il significato di tale espressione è determinato poi dall'aggiunta *per ciò che riguarda l'istituzione d'erede* [70]), o se anche manchi tale determinazione esplicita dal resto del discorso appare tuttavia che questo appunto si è voluto dire [71]). Le espressioni usate

---

a capire ». Quello che dice in seguito il KREITTMAYR sulla superfluità della *bonorum possessio* nel diritto moderno, per la ragione che le applicazioni particolari di essa o sono state abolite o rientrano in altri casi di successione, coincide pienamente con quanto io ho già detto sopra a pag. 850 e seg.

69) *Diritto municipale di Friburgo*, Parte III, tit. 5, fol. 70 *b*; *Riforma di Norimberga* del 1564, tit. XIX, art. 3, f. 178 *b*; *Diritto territoriale di Solms*, Parte II, tit. 23 § 15; *Riforma di Francoforte*, Parte IV, tit. 3 § 4; *Diritto municipale di Amburgo*, Parte III, tit. 1 § 26; *Diritto territoriale del Würtemberg* del 1609, tit. 14 § 2, tit. 20 § 9 (cfr. nota 71); *Diritto territoriale del Baden* del 1622, Parte V, tit. 17, f. 128 *b*, del 1710, Parte V, tit. 17 § 16 (cfr. nota 71); *Diritto municipale di Lüneburg*, Parte IV, tit. 3, in PUFENDORF, Parte IV App., pag. 719; *Diritto territoriale del Palatinato* del 1698, Parte III, tit. 14, art. 7 in NAHMER, loc. cit., vol. I, pag. 510 (confr. nota 71). *Codex Max. bavaricus*, Parte III, tit. 3 § 24. Anche il diritto sassone concorda. Vedi HAUBOLD, *Lehrbuch des königlichen Sächsischen Privatrechts* (Trattato di diritto privato reale sassone), § 341, n. 3, 4.

70) Si deve ritenere che nella maggior parte dei diritti particolari siano usate espressioni indicanti nullità assoluta: quello che s'intende per nullità assoluta spiegheremo in seguito.

71) Così, per esempio, nell'antico *Diritto territoriale del Würtemberg* del 1567, Parte III, pag. 288, è detto che se i genitori preteriscano i figli o li escludano senza legittimo motivo, « il testamento non deve aver più forza nè valore ed esser nullo ». Concordano letteralmente anche le parole usate nella rubrica del titolo « come e per quali motivi i testamenti perdano la loro forza » (pagina 301). Al contrario dopo l'enumerazione dei motivi di diseredazione pei discendenti è detto che se il motivo addotto non sia trovato vero, la diseredazione cade e il testamento resta in vigore in ogni altra parte (pag. 296). Per tal modo la dichiarazione generale fatta pei figli esclusi senza giusto motivo è limitata senza dubbio. A dir vero però è già per sè molto improbabile che il legislatore avesse qui per scopo di limitare solo in parte un principio generale espresso prima e ripetuto dopo, e anche pel modo come gli autori dei diritti particolari si servivano delle loro fonti si possono tro-

nelle leggi del resto sono di solito un riconoscimento del sistema

---

vare delle ragioni in contrario. L'esposizione dei motivi di diseredazione è fatta sulla base della Nov. 115; quei principii generali invece sono tratti dalle fonti del diritto romano anteriore; ma non si volevano certamente sanzionare delle contradizioni, ed è da credere piuttosto che si volesse riconoscere come pratico il diritto della Novella 115. Partendo da tale concetto non si può certo negare che nel dubbio si debba seguire la Novella 115, e che le espressioni generali e indeterminate siano da interpretare nel senso di questa. Che poi questo fosse anche il volere del legistatore würtemberghese è confermato assai chiaramente dal modo molto preciso come sono espressi i principii generali nel nuovo *Diritto territoriale* del 1609, tit. 14 § 2, e tit. 20 § 9, dove è detto espressamente che l'annullamento del testamento si riferisce soltanto all'istituzione d'erede. In modo analogo si debbono interpretare il *Diritto territoriale del Baden*, Parte V, tit. 14 § 2 unito al tit. 17 § 16 e il *Diritto del Palatinato* dove alla Parte III, tit. 12 § 2 è detto che un testamento nel qnale i figli siano stati preteriti o diseredati senza giusto motivo « dev'esser nullo secondo il modo e l'ordine del diritto comune », ma al tit. 14 dove si tratta dei motivi di diseredazione è detto poi: « le disposizioni di simile testamento che non siano l'istituzione d'erede e la diseredazione, come legati e simili, restano in vigore e debbono essere adempiute dagli eredi intestati » (vedi sotto nota 73).

Non mancano però eccezioni, vale a dire disposizioni nei diritti particolari secondo le quali le violazioni del diritto di successione necessaria non debbano giudicarsi soltanto secondo la Nov. 115. Così nel *Diritto della Frisia Orientale*, Libro II, cap. 58 è detto « che se un padre nulla ha lasciato al proprio figlio diseredandolo senza giusto motivo, il figlio può agire in giudizio e gli altri figli debbono restituirgli la parte di lui e dividere in parte uguali il patrimonio paterno » (secondo il cap. 49 però se sia stata istituita nell'intera eredità la madre il figlio non può pretendere da lei che la legittima). La preterizione assoluta importa nullità piena (cap. 45). Secondo il *Diritto di Nassau* il testamento è completamente nullo per una qualunque violazione del diritto di successione necessaria (Parte III, tit. 4, art. 6, tit. 9, n. 4, in Nahmer, I, pag. 529-30) e solo è riconosciuto anche qui (tit. 4 a 9) il limite che nel caso che sia lasciata una parte della legittima abbia luogo soltanto la *condictio ad supplendam legitimam*. La Novella 115 adunque non è qui tenuta in considerazione, se non per ciò che riguarda i motivi di diseredazione. Anche il *Diritto territoriale di Magonza* prescrive come conseguenza tanto della preterizione quanto della ingiusta diseredazione o della mancata prova del motivo di questa l'annullamento di tutte le disposizioni del testamento (tit. IX § 4, tit. XIII § 8, 9: Nahmer, II, pag. 712, 720); e pienamente concorde è la *Riforma di Worms* del 1498, libro IV, Parte III, tit. 3, 4. Il *Diritto municipale di Wimpfen* distingue se l'erede necessario sia stato preterito del tutto, o se sia stato diseredato senza addurre un motivo legittimo o se il motivo addotto non sia stato trovato legittimo, meglio

della nullità [72]), talvolta però si trova accolto anche il sistema dell'inofficiosità in particolare col limitare la durata dell'azione a cinque anni e colla disposizione che l'azione non passi ad altri eredi che ai discendenti del discendente ingiustamente escluso, salvo che fosse stata già preparata in vita [73]). Il diritto bavarese ammette secondo i diversi casi ora la querela di nullità, ora la querela d'inofficioso testamento [74]). « Se manca uno dei sei requisiti sopra enumerati (cioè le formalità della diseredazione) il testamento è nullo *quo ad insti-*

---

dovrebbe dirsi, vero. Nei primi due casi il testamento è nullo *ipso iure*, nel terzo esso può essere impugnato colla querela d'inofficioso, sempre però coll'obbligo dell'erede istituito di fornire la prova della verità del motivo addotto, e col solo effetto in ogni caso di annullare il testamento soltanto *quo ad heredis institutionem*. Cfr. pag. 807 del volume precedente.

72) Le espressioni consuete sono: « il testamento è inefficace, invalido, privo di effetti, nullo ». Talvolta anche gli effetti di tale nullità sono espressi determinatamente, come, per esempio, nel *Diritto municipale di Lüneburg*, Parte IV, tit. 3, dove è detto: « perchè altrimenti il testamento è inefficace e l'eredità va ai parenti del defunto più prossimi per legge » (confr. sopra pag. 797 seg. del volume precedente). La disposizione della *Riforma di Norimberga* che « i figli diseredati o preteriti possono impugnare e annullare lo stesso testamento » (tit. 19, fol. 178 *b*) è tanto equivoca, quanto l'espressione della Nov. 115 *testamento evacuato vel rescisso* e va interpretata per ciò nello stesso modo. Vedi sopra pag. 775 e seg. del volume precedente.

73) *Diritto territoriale della Frisia Orientale*, lib. II, cap. 52-54. Vedi anche il *Diritto territoriale di Magonza*, tit. XII § 15. Il *Diritto municipale di Wimpfen* riconosce accanto alla nullità anche l'inofficiosità (vedi la precedente nota 71 in fine). È notevole la disposizione del *Diritto territoriale del Palatinato* che ammette la nullità come effetto della preterizione o della diseredazione illegittima, ma dà anche al figlio la querela d'inofficioso testamento quando la legittima gli sia stata lasciata come gli spetta, ma nel testamento sia stata onorata anche una persona turpe. Parte III, tit. 12, art. 6. Talvolta però gli scrittori attribuiscono a un qualche diritto particolare quella che è semplicemente la loro opinione. Così, per esempio, l'ADLERFLYCHT, *Privatrecht der freien Stadt Frankfurt* (Diritto privato della città di Francoforte) trova nello Statuto di questa città accolto il sistema dell'inofficiosità perchè in esso è detto che il testamento dev'essere *inefficace e nullo* per ciò che riguarda l'istituzione d'erede (Parte IV, tit. 3, art. 4). Più esattamente il BENDER, *Lehrbuch des Privatrechts der freien Stadt Frankfurt* (Trattato del diritto privato della città libera di Francoforte), Francoforte 1835 § 101, parla a questo proposito di *invalidità* del testamento.

74) *Codex Maximilianeus bavaricus*, Parte III, cap. 3 § 16, n. 8, 9 § 24. Simile ma molto indeterminata è la disposizione del *Diritto territoriale* del 1616, tit. XXXV, art. 1.

tutionem et substitutionem e ha luogo la *querela nullitatis;* se manca invece il solo settimo requisito, cioè la prova del motivo addotto per la diseredazione, il testamento può essere rescisso, per ciò che riguarda l'istituzione e la sostituzione, mediante la querela d'inofficioso [75]) entro i cinque anni dall'adizione dell'eredità, ma quest'azione non passa agli eredi, salvo che il diseredato avesse già dichiarato in vita di volerla intentare o fosse morto prima dell'adizione dell'eredità. Se poi gli eredi necessari diseredati siano più, bisogna distinguere se essi succedano *eodem vel diverso successionis ordine:* nell'ultima ipotesi se il primo erede non agisca o sia respinto nella sua querela possono il secondo e poi gli ulteriori intentarla a loro volta, nella prima ipotesi ciò non è possibile » [76]). La querela d'inofficioso testamento adunque non ha mai maggiore efficacia che la querela di nullità [77]), ma è ancora soggetta alle limitazioni dell'antico diritto romano.

Pel caso che il testamento sia rotto per agnazione di postumo è invece accolto quasi costantemente il diritto romano antico [78]). Soltanto in uno statuto ho trovato accolto il diritto della Novella, e cioè nel *Diritto municipale di Lüneburg* del 1679, ove è detto: « Gli eredi naturali, come i figli e i figli dei figli, e quindi anche il nascituro, in quanto sia nel ventre della madre incinta, devono essere istituiti eredi in qualunque testamento o diseredati se lo meritino coll'indicazione dei motivi; in caso diverso il testamento sarà privo di effetto per ciò che riguarda l'istituzione di erede e l'eredità andrà ai parenti naturali del defunto più vicini secondo la legge: quello

---

75) Kreittmayr, *Annotazioni*, Parte V, pag. 1055, n. 18: « La *communior et probabilior sententia* è per la *querela nullitatis*, salvo nell'unico caso che manchino le prove sufficienti della causa legittima di diseredazione indicata nel testamento ».

76) Confr. pag. 317 seg. del volume precedente.

77) Ciò che del resto è logico, quando si ammetta secondo la Nov. 115 una querela di inofficioso testamento pei discendenti e per gli ascendenti. Vedi pag. 807, 812, 815, 842 del volume precedente.

78) Vedi sopra nota 37. Io non ho trovato altra eccezione oltre quella accennata in quella nota, sebbene la maggior parte dei diritti particolari abbia disposizioni espresse su questo caso. Neppure il diritto di Lubecca ha una disposizione eccezionale.

però che il testatore avrà in un simile testamento lasciato a titolo di legato resterà in vigore [79]).

Sugli effetti dell'offesa al diritto di successione necessaria dei fratelli raramente si trovano disposizioni speciali. Se un diritto particolare o la pratica riconoscano in genere tale diritto di successione, nulla disponendo sull'efficacia, saranno da applicare i principii del diritto comune e si dovrà ammettere che ai fratelli competa la querela d'inofficioso testamento cogli effetti dell'antico diritto [80]). Questo è anche talvolta ordinato espressamente [81]): nei diritti nei quali ciò è rimasto indeterminato si disputa, ma l'opinione prevalente tende ad ammettere che la querela non possa attribuire ai fratelli maggiori diritti di quelli spettanti agli altri eredi necessari secondo le regole della Novella 115 [82]). Talvolta poi si trova anche ammesso espressamente il principio che coll'intentare la querela si apra la successione intestata, a vantaggio anche, per conseguenza, dei figli dei fratelli [83]).

4.° La diseredazione *bona mente* non è menzionata di frequente; quando ciò avviene, però, di solito è per confermarla [84]), raramente

---

79) Parte IV, tit. 3 (Pufendorf, T. IV App., pag. 718 seg.). Il *Diritto municipale di Amburgo*, Parte III, tit. 12, art. 3, salva dalla distruzione totale del testamento per agnazione di postumo i piccoli legati *ad pios usus*. Talvolta anche le disposizioni del diritto romano sulla preterizione erronea o sull'esclusione di un postumo (vedi pag. 849 del volume precedente) sono considerate nei diritti statutarii, ancor che questo punto di diritto abbia in essi assunto forma propria. Vedi *Diritto di Lubecca*, lib. II, tit. 1, art. 6; *Diritto municipale di Rostock*, Parte II, tit. 1, art. 11; *Diritto territoriale prussiano*, Parte II, tit. 2 § 454 seg. Vedi infra nota 25 di questo paragrafo.

80) Cfr. il § 1425 *d* del *Commentario*, pag. 862 seg. del volume precedente.

81) *Diritto territoriale della Frisia Orientale*, lib. II, cap. 148 (così le sorelle e i fratelli possono giustamente pretendere *tutti* i beni del loro fratello). *Diritto territoriale del Nassau*, Parte III, tit. 4, art. 11. « Se egli però abbia preterito il fratello lasciando l'eredità *turpibus et infamis personibus* (a persone disoneste o diffamate) i fratelli germani di lui hanno facoltà e diritto di annullare od impugnare il testamento colla querela d'inofficioso »).

82) Vedi Berger, *Oeconomia iuris*, ed. Winckler, lib. II, tit. IV, th. 17 in fine.

83) *Diritto territoriale della Frisia Orientale*, cap. 151. Confr. Kreittmayr, *Annotazioni al Cod. Max. bavaricus*, vol. V, pag. 1057, e il volume precedente di questo *Commentario*, § 1421 *e*.

84) *Diritto municipale di Basilea*, Parte III, tit. 13, pag. 130; *Diritto municipale di Rostock*, Parte II, tit. 1 § 24; *Diritto municipale di Wimpfen*, Parte IV,

per rigettarla pel motivo che «i genitori hanno altri modi di provvedere al bene dei loro figli e quindi non hanno più bisogno di questa sottigliezza del diritto romano» [85]).

L'influenza materiale del diritto romano meno che in ogni altro fra i diritti particolari si scorge nel *Diritto di Lubecca*, anche nell'ultima revisione del 1586, quando questo s'interpreti per sè stesso, non sulla base dei presupposti più tardi introdotti dalla dottrina nello Statuto. L'espressione testamento vi è usata per indicare disposizioni di ultima volontà unilaterali e revocabili già negli Statuti di Lubecca del 1240 e certamente essa è prova indubitata di una influenza del diritto romano (vedi sopra nota 27 [a]). Lo stesso vale per la legittima di 8 scellini e 4 pfennig del diritto di Lubecca [86]), della quale del resto è parola per la prima volta in un Codice della fine del XV o del principio del XVI secolo [87]). L'origine di questa legittima così si spiega molto facilmente. Al tempo in discorso il diritto romano dominava già in Germania tanto incontrastato che non si poteva neppure immaginare un diritto di successione senza legittima. Così anche il diritto di Lubecca doveva avere la sua legittima; ma il riconoscimento di questa non avvenne, come altrove, dove fu spesso accolto il diritto di successione necessaria romana senza tener conto dei principii speciali del diritto particolare a cui doveva esser

---

tit. 6 § 7. Altri diritti particolari che ammettono questa diseredazione, come l'ordinanza amburghese sui fallimenti dell'anno 1753 e il *Diritto territoriale prussiano*, Parte II, tit. 2 § 410 seg., sono già stati citati sopra a pag. 908, nota 77 del volume precedente.

85) *Codex Maximilianeus bavaricus*, Parte III, tit. 3 § 16. Il Kreittmayr cerca di giustificare questa disposizione nel citato vol. V, pag. 1053, n. 13.

86) Vedi *Diritto territoriale di Lubecca*, libro I, tit. 9, art. 2, libro II, tit. 1, art. 12. Confr. anche lib. II, tit. 1, art. 18. Più tardi questa legittima fu elevata ad un ducato. Vedi Dreyer, *Einleitung zum Kenntniss der Lübschen Verordnung* (Introduzione alla conoscenza dell'ordinanza di Lubecca) pagina 117 seg.

87) Dei tre codici che Enrico Brokes pubblica come appendice alle sue *Selectae observationes forenses* appartengono a questa categoria il secondo (articolo III, CCCXLVI, in Brokes, pag. 40, 77 dell'appendice), e il terzo (art. LXIV, XCII, in Brokes, pag. 85, 88). Vedi anche Ackermann (pr. Walch), *Dissertatio de legitima Lubecensi ad Statutum Lubecae*, lib. II, tit. 1 art. XII, Jenae 1783, § 3, pag. 296 seg., in Gesterding, *Analecta iuris Lubecensis*, Gryph. 1800, n. XXVI.

applicato. Il diritto di Lubecca aveva già provveduto sufficientemente ai diritti degli eredi legittimi e in particolare dei discendenti da matrimonio [88]), in modo diverso però dal diritto di successione necessaria romana, onde poteva accadere anche che l'erede legittimo ricevesse meno di quanto gli sarebbe spettato a titolo di legittima per diritto romano. Tuttavia questo non si ammetteva di regola e ad ogni modo il diritto dell'erede legittimo lubecchese era più esteso in certo senso di quello dell'erede necessario romano, perchè non poteva essere escluso mediante diseredazione, il patrimonio ereditario non potendo essere alienato senza il consenso degli eredi o un estremo bisogno [89]). Diritti anche maggiori però hanno i discendenti. A questi spetta il patrimonio comune dei loro genitori. Il marito non può alienare beni immobili e il patrimonio ereditario portatogli dalla moglie senza il consenso di lei e dei figli [90]), i coniugi non possono farsi reciprocamente donazione se i figli non consentano [91]), il sopravvivente deve in ogni caso dividere il patrimonio comune coi figli, salvo il diritto di detrarre un semplice *praecipuum*, di modo che una metà va a lui e un' altra metà ai figli [92]); anzi anche i beni acquistati durante lo stato di vedovanza entrano in questa divisione [93]). Gli ascendenti dunque non avevano facoltà di disporre liberamente se non della parte a loro toccata nella divisione, e anche questa solo se non contenesse beni ereditarii. Ora lo statuto che stabilisce la legittima di 8 scellini e 4 pfennig limita così anche il diritto degli ascendenti di disporre per testamento della parte del patrimonio comune a loro spettante [94]) e il diritto di ogni altro testatore per ciò che riguarda

---

88) Quanto ai figli nati fuori di matrimonio, essi non hanno alcun diritto di eredità. *Diritto di Lubecca,* lib. II, tit. 2, art. 9.

89) Lib. I, tit. 10, art. 2, 6. Sull'uso attuale vedi BORNEMANN, *Rechtsfälle und Rechtsbestimmungen gessamelt aus den Acten des Oberappellationsgericht zu Greifswald* (Casi giuridici e decisioni raccolte dagli atti del Tribunale supremo di Appello di Greifswald) Berlino 1832, pag. 138 seg., n. V.

90) Lib. I, tit. 5, art. 9.

91) Lib. I, tit. 6, art. 1.

92) Lib. II, tit. 2, art. 2, 3. Confr. art. 5, 8, 10, 11.

93) Lib. II, tit. 2, art. 16.

94) Solo di passaggio è da notare che qui si parla soltanto di figli che abbiano avuto una parte della massa comune o un riconoscimento giudiziario

i beni acquistati. Questa legittima spetta a tutti gli eredi legittimi [94 a]), nè può essere tolta loro mediante diseredazione, che lo Statuto non conosce, e il fatto di non averla loro lasciata induce anzi nullità assoluta del testamento [95]), ma neppure i discendenti hanno diritto a una legittima più elevata. Ciò è provato dalle espressioni generali della legge e la misura quasi insignificante di questa legittima prova anche che questa non è tanto una difesa materiale del diritto di eredità legittima, quanto piuttosto una forma colla quale si credette di applicare anche alla legittima i principii del diritto romano generalmente accolti [96]). Tuttavia la dottrina moderna ha aggiunto ora nell'interpretazione dello Statuto il tacito supposto che la legittima romana sia sottintesa, di guisa che i discendenti e gli ascendenti hanno un doppio diritto di legittima [97]), e si è formata così questa

---

di essa, non già dei separati propriamente (*separati et disiuncti*), i quali non hanno più alcun diritto sul patrimonio del padre separante, sebbene la pratica preferisca loro nella successione intestata soltanto i figli non separati, riconoscendo così a loro un diritto di successione intestata poziore di quello degli ascendenti e dei collaterali. Confr. *Diritto territoriale di Lubecca*, lib. II, tit. 2, art. 33 e il *Commentario* ad esso del Mevio, in ispecie ai n. 1, 60, 117, 127 seg., 134 seg.

[94 a]) Del resto il *Diritto di Lubecca* non fonda la successione intestata propriamente sulla parentela, solo enumera otto categorie di parenti (i primi sono i figli, gli ultimi i figli dello zio o della zia) e dice in fine: « in queste categorie sono compresi tutti gli eredi » (Lib. II, tit. 2, art. 1). Si discute per ciò se tuttavia non abbiano tutti i parenti diritto di successione intestata, ciò che oggi si riconosce generalmente, e se in ogni caso i diritti particolari dell'erede legittimo, il diritto cioè ai beni ereditarii e alla legittima, non competano esclusivamente agli eredi nominati nell'art. 1. Vedi Mevio, *ad iuris Lubecensis*, art. cit., n. 84; Ackermann, loc. cit., § 8 pag. 316 seg.

[95]) Su ciò non si discute, ma si discute invece se contro un simile testamento si debba intentare la *querela nullitatis* o la *querela inofficiosi testamenti*, e se, quando sia lasciato meno della legittima prescritta dal *Diritto di Lubecca*, si debba agire pel supplemento o il testamento sia nullo. Confr. Mevio, ad art. 12, tit. 1, lib. II; Ackermann, loc. cit. § 12; Lindenberg, *Comm. ad iuris Lubecensis*, lib. II, tit. 2 *de testamentis et legatis*, Gottingae 1805, § 22, pag. 54 e gli scrittori ivi citati e infra nota 99.

[96]) Confr. Ackermann, loc. cit. § 5.

[97]) Vedi Mevio, ad art. 8, tit. 1, lib. II; Ackermann, loc. cit. § 8, pag. 314; Lindenberg, *Diss.* cit. § 22, pag. 52. La grande anomalia di questa doppia legittima non passò inosservata; da ciò la questione se la legittima di Lubecca si applicasse in generale a discendenti ed ascendenii, una questione

teoria generale; la legittima lubecchese deve esser lasciata sempre all'erede prossimo sui beni acquistati [98]), in mancanza di che il testamento è nullo in ogni sua parte [99]); inoltre spetta a colui che è erede necessario secondo il diritto romano la legittima nella misura e nei modi stabiliti dal diritto romano. Si discute solo per sapere se nel computo di questa entrino anche i beni ereditarii [100]). Secondo l'opinione più logica dai beni sui quali la legittima è da computarsi debbono detrarsi tutti quelli sui quali i legittimarii hanno un diritto che non può essere tolto loro per testamento, quindi per ciò che riguarda la legittima dei discendenti non solo i beni ereditarii, ma anche la parte spettante a loro sul patrimonio comune dei genitori; quindi, per esempio, il padre non può escludere i proprii figli mediante diseredazione se non da quei beni che egli abbia acquistato per opera propria e che siano soggetti alla sua libera disponibilità per atto tra vivi [1]). Se ad alcuno che ha diritto di successione necessaria secondo il diritto romano sia lasciata soltanto la legittima del diritto di Lubecca, egli ha diritto di chiedere colla *condictio ad supplendam legitimam* ciò che manca a completare la legittima del diritto comune.

È controverso se egli abbia un'azione d'impugnativa del testamento; in questo riguardo però non gli si concede in ogni caso

---

che per il modo generale come la legge si esprime non può non risolversi in senso affermativo. Vedi Ackermann, loc. cit., § 314; Lindenberg, pagina 52.

98) Si discute se a titolo di erede o no. Vedi Ackermann, loc. cit., § 14; Lindenberg, *Diss.* cit., § 22, pag. 53 seg.

99) Vedi gli scrittori citati nella nota 95 e specialmente Bornemann, *Casi giuridici e decisioni raccolte dagli atti del Tribunale supremo di Appello di Greifswald.* È una inconseguenza però il parlare qui, come fa il Mantzel, *Jus Mecklenburgi et Lubecae illustr.*, cont. III, ind. 65, di una querela d'inofficioso testamento.

100) Cfr. G. L. Stein, *Abhandlung des Lübschen Rechts* (Dissertazione sul diritto di Lubecca), Parte II § 151, nota '. Lindenberg, *Diss.* cit., § 20. Quest'ultimo osserva con ragione che gli scrittori ben di rado vanno a fondo in questa importante questione; ma la sua stessa trattazione poi manca di profondità, benchè egli difenda a pag. 47 seg. l'opinione esatta.

1) Confr. anche sulla facoltà fatta ad uno degli sposi di escludere l'altro dalla *portio statutaria* con la sua disposizione di ultima volontà, Bornemann, loc. cit., n. 9, pag. 114 seg.

che il diritto che la Novella 115 dà ai preteriti o illegittimamente diseredati [2]).

Dobbiamo ora fare una breve esposizione, con riguardo però soprattutto alle sole fonti principali, del diritto di successione necessaria secondo la legislazione dei due maggiori Stati della Germania.

Il diritto territoriale della Prussia [3]) ammette tre categorie di legittimarii: discendenti da matrimonio [4]), ascendenti [5]) e coniuge [6]). I fratelli e le sorelle non hanno alcun diritto a legittima [7]). Non è necessaria l'istituzione in erede dei legittimarii, in qualunque modo la legittima sia lasciata loro *mortis causa* essi si hanno per soddisfatti [8]). Tutte le disposizioni di ultima volontà nelle quali sia tolta, diminuita o gravata la legittima dell'erede necessario devono esser fatte in un testamento formale sotto pena di nullità, e neppure un testamento privilegiato a favore dei figli basterebbe [9]). Secondo l'espressione della legge adunque in mancanza di ciò non ha luogo l'azione per la legittima, della quale fra breve ci occuperemo, ma una nullità *ipso iure* dell'intera disposizione, in modo che si faccia luogo

---

2) Lindenberg, *Diss.* cit., pag. 54 seg.

3) Alcune questioni particolari riguardanti l'impugnabilità di una donazione lesiva della legittima secondo il diritto prussiano sono già state trattate sopra a pag. 382 seg. del volume precedente. In generale sono da confrontare su questo punto Gaertner, *Das Notherbenrecht in seiner Bedeutung und nach seinen Folgen im allgemeinem Landrecht* (Il diritto degli eredi necessari nel suo significato e nei suoi effetti nel Diritto generale prussiano) in Simon e Strampff, *Zeitschrift für wissenschaftliche Bearbeitung des Preussischen Rechts* (Rivista di elaborazione scientifica del diritto prussiano), vol. II, fascicolo 2, n. XX, pag. 392 seg.

4) *Diritto territoriale degli Stati prussiani,* Parte II, tit. 2.° § 391-418 § 655. Neppure i figli nati da un matrimonio della mano sinistra hanno diritto a legittima. Vedi § 585.

5) Parte II, tit. 2 § 501-14.

6) Parte II, tit. 1 § 631-33.

7) Parte II, tit. 3 § 33. Confronta Gaertner, loc. cit., pag. 405-13.

8) Parta II, tit. 2 § 396. Sul modo come dev'esser lasciata la legittima e sugli effetti di una disposizione difettosa sotto questo riguardo si hanno prescrizioni espresse soltanto a riguardo dei discendenti. È però detto che queste prescrizioni debbano valere anche per gli altri eredi necessari. Parte II, tit. 1 § 633, e tit. 2 § 516.

9) Parte II, tit. 2 § 431.

completamente alla successione legittima [10]). Se invece la forma del testamento è stata osservata nulla importa poi se l'erede necessario sia stato preterito [11]) o diseredato, e se in quest'ultima ipotesi sia stato addotto e provato un motivo o meno, l'erede necessario non può in ogni caso pretendere che la sua legittima dall'erede istituito e lo stesso ha luogo anche quando gli sia stata lasciata qualche cosa, di importo inferiore alla legittima però [12]).

Nella legge non sono determinati nè il nome nè il carattere dell'azione del legittimario. Nulla si può opporre a chiamarla azione di legittima [13]), solo però non bisogna da questo nome argomentar nulla per la natura giuridica dell'azione. Per essa secondo la legge il testamento è annullato solo parzialmente [14]), il principio romano

---

10) Il GAERTNER, loc. cit., non dice nulla a questo proposito, anzi neppure, come ho osservato, cita il § 431. Eppure alcuni degli stessi principii da lui esposti dovevano essere per lui occasione alla ricerca se i redattori del Codice prussiano si siano dimostrati conseguenti accogliendo questa disposizione. Egli censura la troppa importanza che anche nel diritto romano giustinianeo si dà alle forme e trova giusto che il legislatore prussiano abbia cercato di realizzare il concetto che l'erede necessario ha diritto soltanto alla legittima, quando il testatore non gli volle lasciar di più, essendo poi indifferente il modo come questo abbia espresso il suo volere. È fuori di dubbio che il legislatore partì da quel concetto (vedi KLEIN, *Materialien* (*Materiali*, ovvero *Progetto del diritto territoriale prussiano*), II, 1, nota al § 322); tuttavia con esso mal si concilia la formulazione del § 431.

11) Vedi la Rubrica marginale alla Parte II, tit. 2 § 432 seg. e il § 442, ove è detto: « Lo stesso vale, quando un figlio o un nipote sia passato del tutto sotto silenzio nella disposizione di ultima volontà ».

12) Parte II, tit. 2 § 432 seg. Come ragione di questa disposizione è indicata nella nota citata al Progetto § 322 la seguente: « Dal principio che i genitori non possono togliere la legittima ai figli consegue evidentemente soltanto che quando essi ciò facciano la disposizione deve esser nulla nei limiti entro i quali è contraria alla legge, e quindi al figlio leso deve esser accordato aiuto perchè ottenga ciò che la legge gli attribuisce. Non consegue però da ciò anche la nullità della disposizione per la parte non contraria alla legge. E meno che mai si può derivarne la conseguenza che per il fatto di un mutamento nella persona dell'erede debbano annullarsi anche i legati contenuti nel testamento ».

13) Vedi GAERTNER, loc. cit., pag. 422 seg.

14) Parte II, tit. 2 § 438: « Se il diseredato abbia accettato espressamente il testamento non può più in seguito impugnarlo ».

§ 436: « In tutte le altre parti estranee alla diseredazione la disposizione di ultima volontà resta in vigore ».

nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest essendo anche abolito nel diritto prussiano [15]). Mi sembra però che non per questo possa l'azione per la legittima considerarsi una petizione di eredità parziaria e quindi l'erede necessario che l'intenta un vero coerede degli istituiti [16]). La legittima è piuttosto un debito *ex lege* [17]) e questo carattere le è stato mantenuto integralmente anche nel diritto prussiano, perocchè in questo l'erede necessario non esclude come nel diritto romano l'erede scritto per mettersi al suo posto, ma fa semplicemente valere contro di questo una pretesa alla quota, che gli spetta sull'eredità [18]). E nulla prova in contrario l'abolizione della regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest,* perchè la disposizione abolitiva ha il senso che il testatore possa disporre anche soltanto di una parte dell'eredità lasciando che per il resto si faccia luogo alla successione legittima (vedi nota 15). Qui è decisiva piuttosto un'altra regola, quella per la quale non si fa luogo alla successione legittima quando il testatore ha nominato un erede universale [19]). Ora, questo è il caso quando il testatore

---

15) Parte I, tit. 12 § 45.

16) Così il Gaertner, loc. cit., pag. 424 seg. Non gli è sfuggito però come questo concetto sia poco conciliabile cogli altri presupposti del diritto prussiano, onde egli cerca di spiegarlo osservando che il legittimario non ha per sè stesso che un diritto di credito contro l'erede testamentario, ma colla sentenza a lui favorevole acquista i diritti di un vero erede e d'allora in poi la sua pretesa assume l'aspetto di un diritto reale (pag. 437 seg.). Ma con tal ragionamento anche uno che al momento in cui intenta l'azione non avesse alcun diritto di natura ereditaria potrebbe intentare ugualmente la *petitio hereditatis*. Il Gaertner, a dir vero, crede che nel modo stesso andassero le cose nella *querela inofficiosi testamenti.* Ma qui appunto si manifesta la diversità fra il punto di vista romano e quello prussiano. La querela è una *hereditatis petitio* (vedi sopra pag. 233 seg. del volume precedente), ma non perchè il diritto dell'erede necessario sia un semplice diritto di credito contro l'erede testamentario, bensì perchè egli stesso si presenta come erede che vuol sostituire l'altro. Ma se l'erede necessario non ha in origine che un diritto di credito, la sua azione non può essere una *petitio hereditatis.*

17) Arg. L. 36 § 2 Cod. *de inoff. test.* 3, 28. Nov. 1 pr. § 2.

18) Parte II, tit, 2 § 33: « . . . al figlio deve per ciò esser data la sua legittima dell'eredità »;

§ 435: « l'erede deve soddisfare il figlio ingiustamente diseredato ».

19) Parte I, tit. 9 § 367.

abbia preterito l'erede necessario oppure anche non l'abbia istituito erede nè in tutto nè in parte della legittima, e poichè inoltre colui che intenta l'azione per la legittima non è mai designato nella legge come erede, anzi è piuttosto contrapposto a questo, è certo più logico il dire che egli pretende da questo la legittima come un debito. Un esame più minuto di queste e d'altre questioni, come per esempio se l'azione per la legittima appartenga all'eredità del legittimario e se in caso di rinuncia essa passi al legittimario prossimo successivo [20]), non può offrire interesse per la maggior parte dei lettori di questo *Commentario*. Del resto i principii del diritto romano, come essi erano intesi al tempo della compilazione del Diritto territoriale prussiano, sono qui come in ogni sua parte la base del Codice, per quanto i suoi autori si siano affaticati a farlo apparire come un lavoro del tutto originale [21]). E anche dove gli autori si allontanano a bella posta dal diritto romano, come appunto nel diritto di successione necessaria, un confronto con questo offre in più di un punto interesse anche immediatamente pratico, ond'è che lice richiamarsi appunto alle controversie sopra enunciate per la ragione che qui vengono in considerazione e possono applicarsi i concetti romani della querela d'inofficioso testamento, della sua trasmissione, della successione in essa [22]). Simili ricerche però dovrebbero avere tutt'altro scopo da quello cui tendo io ora col confronto fra il diritto di successione necessaria romana e i diritti particolari tedeschi; pel raggiungimento di questo mio scopo basta riferire quei risultati che appaiono da un semplice sguardo alla legislazione prussiana; e cioè in primo luogo che in Germania non si seguì la teoria complicata della correzione [23]), ma si applicò la Nov. 115 nel modo più semplice possibile; secondariamente, che dominarono però sempre inconsciamente certi concetti dottrinali del diritto romano, onde

---

20) Vedi Gaertner, loc. cit., pag. 446 seg.

21) Lo stesso si è detto per il nuovo ordinamento della giustizia in rapporto alla procedura precedente del diritto comune. Vedi il mio *Entwurf des gem. und Preussischen Civilprocess* (Progetto della procedura civile comune e prussiana), Prefazione, pag. XII seg.

22) Gaertner, pag. 445 seg.

23) Vedi sopra pag. 818 del volume precedente.

nelle legislazioni rette sotto l'influenza dei diritti stranieri manca l'elemento vivo del diritto romano classico, la connessione organica dei concetti, e ne sono derivate così fin dalla prima loro nascita infinite questioni. Che poi i redattori del Codice prussiano abbiano anche nel diritto di successione necessaria soggiaciuto all'influenza del diritto romano più di quello che la logica non avrebbe comportato è cosa che osservammo già sopra alla nota 10. Fra le manifestazioni di questa influenza sta anche la disposizione secondo la quale per l'adozione di un figlio il testamento del padre adottivo perde la sua efficacia [24]); imperocchè, se pel patrimonio che resta dopo detratta la legittima deve essere decisiva la volontà dichiarata nel testamento, non si vede come il sorgere di un nuovo legittimario possa mutare le cose [25]).

Ancor più semplice appare il sistema della successione necessaria nel Codice civile generale pei paesi della monarchia austriaca [26]). Solo i discendenti e gli ascendenti hanno un diritto di successione necessario [27]), non è prescritta l'istituzione dell'erede necessario [28]), e neppure è necessaria una esclusione formale nè l'indicazione di un determinato motivo di diseredazione, o della circostanza che ad esso è parificata [29]), sebbene l'esistenza di un tal motivo o circostanza

---

24) Parte II, tit. 2 § 456.

25) Per la stessa ragione non si può ritenere logica la disposizione del § 450 secondo il quale « se il preterito per errore ritorni dopo fatto il testamento o l'esistenza e la vita di lui vengano in qualsiasi modo a cognizione del testatore, e il testatore lasci trascorrere un anno da quel momento senza nulla disporre in proposito, il testamento perde il suo valore ». Quanto più a lungo infatti il testatore lascia immutata la volontà da lui dichiarata, tanto più chiaramente dimostra che quella è ancora la sua volontà. Faccio questa osservazione perchè io sono d'opinione che le disposizioni particolari del diritto romano sulla preterizione od esclusione dovuta ad errore siano state almeno l'occasione a stabilire qualche cosa di particolare anche nel diritto prussiano; non vi ha però su questo punto accordo fra diritto prussiano e diritto romano. Vedi sopra nota 79.

26) Appartengono al nostro argomento il capo VIII § 540 seg., capo XIII § 729 e l'intero capo XIV della Parte II.

27) Capo XIV § 762, 796.

28) Capo XIV § 774.

29) Capo VIII § 540-42.

FONDO "STELLA-MARANCA"

equipollente sia richiesta [30]). Se esiste una disposizione di ultima volontà a lui contraria [31]), l'erede necessario, ancorchè preterito totalmente, non ha alcun diritto alla legittima ove l'erede testamentario provi l'esistenza di un motivo legittimo di diseredazione [32]). Se un tale motivo non si può dimostrare, l'erede necessario ha diritto di domandare la sola legittima, tanto se fu diseredato espressamente quanto se fu preterito [33]), salvo che si trattasse di un discendente preterito per errore [34]); gli ascendenti invece non hanno anche in questo diritto di pretendere nulla più che la legittima [35]) [a]).

---

30) Capo XIV § 768-70.

31) Capo XIII § 729.

32) Capo XIV § 782. « Se l'erede istituito può provare che l'erede necessario preterito siasi reso colpevole di una delle cause di diseredazione enumerate nei §§ 768-770 la preterizione si riguarda come una tacita giusta diseredazione ».

Il diritto austriaco si distingue così dal prussiano, secondo il quale la mancanza d'indicazione di un motivo di diseredazione dà luogo in ogni caso al diritto dell'erede necessario alla legittima. Parte II, tit. 2 § 441-42.

33) Capo XIV § 775, 776.

34) Il Codice austriaco, capo XIV § 777, 778, distingue se accanto all'erede necessario preterito per errore vi siano altri eredi necessarii istituiti o se egli sia il solo. Nel primo caso egli ha diritto ad avere una parte ereditaria uguale a quella che ottenne il meno favorito degli eredi necessari (simile disposizione si ha nel Codice prussiano, Parte II, tit. 2 § 444, soltanto che qui la disposizione si riferisce ai soli eredi testamentari): nel secondo caso il testamento cade, ad eccezione soltanto di certi legati. Lo stesso deve ammettersi anche quando il testatore preterisca tutti i suoi eredi necessari perchè ne ignora l'esistenza.

35) Capo XIV § 781.

---

a) Le disposizioni principali del nuovo Codice civile dell'impero germanico (andato in vigore il 1.° gennaio 1900) sulla legittima sono le seguenti. Sono stabilite tre categorie di legittimari, discendenti, ascendenti e coniuge superstite, ai quali dev'esser lasciata come legittima, ma non necessariamente a titolo d'erede (§ 2304), una metà della quota spettante a ciascuno di essi nella successione intestata (§ 2303). Questi legittimarii non possono essere diseredati che per motivi determinati espressamente nella legge e in un atto di ultima volontà, nel quale i motivi stessi debbono essere indicati, incombendo poi la prova della verità di essi a chi vuol far valere la diseredazione (§ 2336). I motivi sono cinque pei discendenti: 1.° l'avere attentato alla vita del testatore, di un altro discendente o del coniuge di esso; 2.° le lesioni corporali gravi a danno del testatore o del coniuge di esso, purchè questo sia anche un ascendente del legittimario stesso; 3.° l'aver commesso un delitto o un grave trascorso contro il testatore o il suo coniuge

Ci resta ora a dire qualche cosa sui rapporti fra il patto successorio e la successione necessaria [36]). Naturalmente io suppongo qui

[36]) Questo argomento è trattato *ex professo* da G. Enrico MAYER, *Diss. inauguralis an et quatenus principia iuris Romani de successione necessarie etiam ad pacta successoria applicari possint*, Gottingae 1805. Manca però in questa trattazione una dimostrazione profonda dei singoli principii accolti, benchè essi siano nella massima parte esatti, e non sono poi trattati affatto i patti renunciativi. Solo di passaggio il nostro argomento è trattato dal PAETZ, *Comm. successioni universali per pactum promissa an et quatenus promittenti facultas de bonis inter vivos disponendi ademta sit*, Gottingae 1801, § 12, pag. 23, nota 37, e dal LINDE, *Dissertatio inauguralis exhibeus observationes quasdam de successione germanica in primis pactitia*, Bonn 1820, § 9 pag. 19 seg, n. 6. È da deplorare sopra tutto che nel diffuso scritto dell'HASSE, *ueber Erbvertrag* (Sul patto successorio) nel *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), vol. II, pag. 149 seg., non sia trattato per nulla questo argomento dei rapporti colla successione necessaria, per quanto l'Autore lo sfiori, anche talvolta, e per quanto raramente egli si lasci sfuggire l'occasione di dire la sua opinione su un argomento interessante. Il libro già citato del BESELER, *Die Lehre von der Erbvertraegen* (Teoria dei patti successori), Parte I, Gottinga 1835, fa solo sperare che l'Autore volgerà nel seguito della sua trattazione la sua attenzione anche a questa questione. Quel libro cominciato con tanta serietà scientifica ci darà conclusioni importanti anche sul diritto vigente e in questa speranza io debbo qui limitarmi a poche cose. Quanto ai trattati di diritto privato tedesco poi non è scusabile che essi si occupino della cosa poco o nulla.

4.° l'essersi dolosamente rifiutato di prestare gli alimenti al testatore in caso di bisogno; 5.° l'aver condotto vita turpe o immorale contro la volontà del testatore (§ 2333): pel padre e per la madre i motivi di diseredazione per parte del figlio sono soltanto il 1.°, il 3.° e il 4.° dei qui enumerati (§ 2334); fra coniugi i motivi sono quelli stessi che darebbero diritto a domandare il divorzio (§ 1565-1568). È ammessa anche una specie di diseredazione *bona mente* consistente nel diritto del testatore di sostituire come eredi o legatarii successivi al proprio figlio prodigo altre persone a favore delle quali debba essere conservato il patrimonio ereditario, nominando all'uopo un amministratore per tutta la vita del figlio, senz'altro diritto per questo che di ricevere le rendite annuali (§ 2317). Al § 2305 poi il codice concede l'azione suppletoria in caso di lascito incompleto della legittima; al § 2317 dichiara che l'azione pel conseguimento della legittima nasce all'aprirsi della successione e da quel momento si può trasmettere per eredità o per atto tra vivi. La legittima non può esser gravata di oneri e questi si hanno per non apposti quando al legittimario sia lasciata in tal modo una quota di eredità che non superi la sua metà; se la superi egli ha la scelta fra accettare l'eredità così onerata o rinunciarvi per pretendere la legittima (§ 2306). Se al legittimario è stato lasciato un legato, egli può rinunciare al legato e pretendere la legittima; se non rinuncia, avrà solo diritto al supplemento qualora il valore del legato sia inferiore all'importo della legittima (§ 2307).

che i patti successorii siano riconosciuti nella legge insieme con un diritto di successione necessaria o di legittima secondo le regole fondamentali del diritto romano, comunque poi possa questo essere stato parzialmente modificato in un singolo diritto particolare. Bisogna in tale ipotesi fare le seguenti distinzioni.

I. Alcuno ha concluso un patto successorio acquisitivo su tutto il suo patrimonio, senza tener alcun conto dei proprii eredi necessari.

Ben inteso che in questa ipotesi non si considera nè il caso di semplice successione singolare contrattuale, come ad esempio la *mortis causa donatio*, nè quello che il patto successorio sia fatto con gli eredi necessarii stessi, o almeno non con tutti. Non può sorger dubbio che i diritti dell'erede necessario non possano esser lesi neppure per patto successorio [37]) e così possiamo dire che i patti successorii sono nulli per preterizione di un erede necessario e si rompono per agnazione di un *suus heres* [38]), senza preoccuparci per ora degli effetti speciali di questa nullità o di questa *ruptio*, perchè su ciò appunto si discute. La questione è quali rimedii giuridici competano in tal caso all'erede necessario, poichè dalla risoluzione di questa dipende la risoluzione di tutto il problema. Si potrebbe forse considerare la cosa dal punto di vista della donazione inofficiosa [39]). Se ciò fosse possibile, l'erede necessario avrebbe un'azione di revocazione fino

---

37) Kreittmayr, *ad Cod. Max. Bavaricum*, vol. V, pag. 1290 seg. n. 6, 7. — Paetz, *Diss.* cit., pag. 23. — Mayer, *Diss.* cit., § 8 pag. 12 seg. Confr. il vol. XXV, pag. 373 del *Commentario* nell'originale tedesco.

38) Pufendorf, *Observationes iuris universi*, obs. 173. Non deve confondersi con questa l'altra questione se il patto successorio cada *ipso iure* per sopravvenienza di figlio o se invece il testatore abbia semplicemente la facoltà di revocarlo. Se qui fosse decisiva l'analogia della querela d'inofficiosa donazione si dovrebbe riconoscere al testatore soltanto un limitato diritto di revoca (vedi la mia *Doctrina Pandectarum*, III, § 774 n. 1 e il volume precedente di questo *Commentario* a pag. 357). Ma è più esatto rispondere negativamente (Eichhorn, *Einleitung in das deutsche Privatrecht* (Introduzione al diritto privato tedesco), § 345. Il ditterio giuridico tedesco « I figli rompono il patto matrimoniale » (*Kinder bricht Ehestiftung*), è però evidentemente un riconoscimento dei diritti dei figli. Vedi infra n. III, nota 52.

39) Linde, *Obs.* cit., § 9 n. 6. Anche il Mayer, *Diss.* cit. § 17 n. 1 riferisce quest'opinione, ma non l'accetta.

al limite della sua legittima contro gli eredi contrattuali [40]). Ma questo concetto non è da accettare. La facoltà degli eredi necessari di rescindere le donazioni inofficiose è un diritto speciale che limita il diritto spettante regolarmente ad ogni uomo di diminuire con atti fra vivi il proprio patrimonio; esso è per ciò soggetto a particolari condizioni e in ispecie richiede il dolo o per lo meno un sentimento di disamorevolezza per parte del donante [41]). È generalmente riconosciuto invece che sulla questione se il diritto di un erede necessario sia stato violato o no da un patto successorio il dolo e la disamorevolezza non hanno influenza alcuna, come pure è fuor di dubbio che i patti successorii non soltanto sono disposizioni a causa di morte [42]), ma sono anche disposizioni che danno origine nel senso attivo ad una successione universale [43]). Qualunque cosa adunque si pensi sulla natura giuridica dei patti successorii e in particolare sulla questione se essi, astraendo dalla diversa forma e dalla irrevocabilità come regola, abbiano la natura di testamenti [44]), basta che per il patto successorio venga escluso l'avverarsi della successione legittima per attribuire

---

40) Vedi sopra pag. 383 seg. del volume precedente.

41) Vedi sopra pag. 370 seg. del volume precedente.

42) Vedi Hasse, *Erbvertrag* (Patto successorio), cap. I § 4, nel *Rheinisches Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. II, pag. 199-218, in particolare, pag. 217.

43) Mittermaier, *Grundsätze, ecc.* (Principii di diritto privato comune tedesco), § 403 n. 1. — Eichhorn, *Einleitung, ecc.* (Introduzione al diritto privato tedesco), § 344 pr. e fine. Maurenbrecher, *Lehrbuch, ecc.* (Trattato di diritto comune tedesco attuale), § 562 n. 1. — Niefer, *Diss. inauguralis de successione pactitia, in primis de transmissione iuris succedendi ex pacto,* Gottingae 1833, cap. 1 § 4 pag. 18. Confr. sopra nota 7 pag. 3 e la nota 45 seguente; e anche pag. 65 del volume precedente.

44) Le opinioni sono sempre state divise su questo punto. Vedi Paetz, *Diss.* cit., § 9 pag. 16. — Mayer, loc. cit., § 8 pag. 13, i quali sono ambedue per il no. Per l'opinione affermativa sta invece fra i moderni Zachariae, *Liber quaestionum*, q. XVII, pag. 123 seg. Evidentemente questo scrittore va troppo oltre nell'applicazione del suo principio, come, per esempio, quando al § 3 concede al testatore la facoltà di disporre a titolo di legati di parte del patrimonio o di alcuni singoli oggetti anche dopo concluso il patto successorio. Ma tutto ciò, alla pari della nota controversia dei Germanisti sul punto se l'erede contrattuale sia tenuto pei debiti anche col suo proprio patrimonio, non ha nessuna influenza sulla nostra questione.

all'erede necessario leso lo stesso diritto che gli compete quando egli sia stato leso da un testamento [45]).

Che cosa può domandare l'erede necessario leso dal patto successorio e con quale azione? Innanzi tutto è da vedere naturalmente se i singoli diritti particolari abbiano in proposito disposizioni speciali. Ne troviamo una, per esempio, nel diritto bavarese secondo la quale l'erede necessario non può domandare che la legittima [46]), ma per la determinazione di questa non è decisivo il tempo del contratto, come nella donazione inofficiosa [47]), bensì il tempo della morte del testatore, decidendosi a questo momento quello che veramente riceve l'erede contrattuale. Il codice prussiano stabilisce che i patti successori siano annullati per le stesse ragioni che i testamenti [48]) e così s'intende da sè che anche l'erede necessario leso da un patto successorio non può pretendere più che la legittima (vedi sopra pag. 32). Secondo i principii del diritto comune, però, non è da dire, come i germanisti affermano di solito [49]), che il diritto di

---

45) Questo argomento è addotto anche dall'acuto PAETZ nella citata *Diss.*, pag. 23. Per la *mortis causa donatio,* anche se essa abbia per oggetto tutto il patrimonio, la successione intestata non è esclusa perchè una tale donazione è da trattarsi come un codicillo *ab intestato.* Vedi la mia *Doctrina Pandectarum*, III, § 763 nota 7. — MUELLER, *Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall* (Sulla natura della donazione a causa di morte), Giessen 1827 § 45. — PAETZ, loc. cit., § 8 pag. 14 seg. — MAYER, *Diss.* cit., § 17 n. 2 pag. 21. Dico questo solo per dimostrare che gli effetti di una violazione del diritto di successione necessaria non si possono determinare secondo le regole della donazione, mentre è certo molto naturale che alla completa esclusione della successione intestata, avvenga essa per testamento o per contratto, si riconoscano sempre i medesimi effetti. Questo non impedisce però di applicare anche qui certi principii delle donazioni, i quali non sono affatto collegati coi concetti di successione universale o singolare.

46) *Codex Maximilianeus Bavaricus,* cap. 11 § 1 n. 6, 7, 13. « Tali patti possono esser fatti su tutta l'eredità, però *salvo iure legitimae...* Simili patti non sono mai annullati *per agnationem sui heredis aut superveniendiam liberorum,* ma rimangono in vigore *salva tamen legitima* ».

47) Vedi sopra pag. 397 del volume precedente.

48) Parte I, tit. 12 § 647.

49) EICHHORN, *Einleitung, ecc.* (Introduzione al diritto privato tedesco), § 343 n. II. — MAURENBRECHER, *Lehrbuch, ecc.* (Trattato di diritto comune tedesco attuale), § 562 n. 1. — MITTERMAIER, *Grundsätze, ecc.* (Principii di diritto privato comune tedesco), § 403, n. IX, ha in proposito espressioni indeterminate.

lui si debba pure limitare a ciò. Si porta come argomento di tale limitazione il concetto, che le disposizioni del diritto romano sul modo come deve esser lasciata la legittima agli eredi necessari nel testamento e le conseguenze delle preterizione in questo non siano applicabili al patto successorio [50]). Ma questo argomento, astraendo anche dal notare che esso è una vera petizione di principio, prova troppo. Tutto quanto il sistema del diritto dei legittimari, la limitazione degli eredi necessarii alla legittima, l'esclusione di essi, è nel diritto romano collegata così strettamente alle disposizioni testamentarie che se si dovesse limitare l'applicazione odierna di esso per il fatto che le disposizioni sue sul riguardo dovuto agli eredi necessarii nel testamento non si possono applicare ai patti successorii tedeschi, si dovrebbe logicamente negare all'erede necessario qualsiasi diritto alla legittima dove non c'è testamento, ma patto successorio. Si è per questo motivo che inconsciamente forse, e pur non esprimendolo, ci si è lasciati condurre ad applicare il diritto della querela d'inofficiosa donazione [50 a]); ma noi abbiamo già mostrato poco sopra che questa analogia non regge. Astraendo anche da ciò del resto, non si può neppur negare che l'esistenza di un diritto alla legittima di fronte a un patto successorio non può considerarsi come qualche cosa di anomalo alla pari della querela d'inofficiosa donazione [51]), in altre parole se anche questa non esistesse bisognerebbe sempre riconoscere all'erede necessario leso da un patto successorio il diritto alla legittima. Una volta ammesso ciò, noi dobbiamo cercare di determinare il diritto di un tale erede necessario in modo del tutto indipendente dai principii della donazione inofficiosa. Il principio che ne deve guidare nella ricerca è questo: Quando il *de cuius* abbia escluso la successione legittima senza tenere nella dovuta considerazione il diritto dei proprii eredi necessarii, sia ciò avvenuto per testamento o per patto, il diritto degli eredi necessarii è sempre ugualmente offeso e gli effetti di questa lesione non possono nei due casi

---

50) Eichhorn, loc. cit. — Linde, *Obs.* cit. § 9 n. 6.

50 a) L'analogia colla donazione inofficiosa è riconosciuta espressamente qui dal Linde, loc. cit.

51) Vedi sopra pag. 371 del volume precedente.

esser diversi. Ma, si domanda in contrario, com'è possibile in un patto successorio tenere in considerazione i diritti dell'erede necessario, istituire o diseredare questo e via dicendo? Qualunque però possa essere la risposta a questa domanda, la cosa non muta. Qui si tratta di un obbligo del testatore e di un diritto dell'erede necessario; al testatore tocca di adempiere quello; se ciò non avviene il diritto dell'erede necessario si manifesta nel suo effetto [52]), e questo effetto è l'aprirsi della successione intestata. Sostanzialmente poi è indifferente se qui si accetti il sistema della correzione o quello della derogazione, se l'azione si ritenga cioè un'azione di inofficiosità o un'azione di nullità. Nè in contrario si può opporre che le azioni prodotte da un testamento nullo o difettoso non siano applicabili ai patti successorii. Di questi rimedii giuridici o mezzi impugnativi, come sogliono chiamarli i moderni, il diritto romano non conosce che la querela d'inofficioso testamento e la *bonorum possessio contra tabulas*. La *querela nullitatis iuris antiqui et novi* è una invenzione degli scrittori moderni e, com'è noto, nella Nov. 115 non è nominato alcun rimedio giuridico. In essa è soltanto determinato quali siano i diritti dell'erede necessario leso, non già in qual modo egli possa farli valere, ond'è che non si può neppur dire che l'applicazione della legge ai patti successori venga esclusa dalla natura particolare dei mezzi impugnativi del testamento. Neppure all'applicazione della stessa querela d'inofficioso testamento potrebbe opporsi nulla di serio [53]), posto che già nel diritto romano essa si applicava anche alle donazioni inofficiose; la particolarità di tale applicazione coesisteva soltanto nel fatto che per tal modo col diritto di successione necessaria si veniva a limitare anche il diritto di disporre fra vivi, ciò che spiega poi come in tal caso il diritto dell'erede necessario non superi mai l'importare della legittima. Ma

---

52) PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, obs. 23. — MAYER, loc. cit., § 16, 17.

53) Con ciò non si dice che, anche ammettendo l'esattezza del sistema della correzione, i discendenti e gli ascendenti possano avere quest'azione contro l'erede contrattuale, ma dove per l'ammissibilità di questa è richiesto solo che l'erede necessario sia stato in una qualunque forma escluso ingiustamente, come pei fratelli (la condizione speciale alla *turpitudo personae* non ha qui alcuna importanza), nulla osta all'estensione analogica della querela.

appunto per ciò non si può parlare di diversità di effetti della preterizione, della esclusione non formale e della semplicemente ingiusta, anche accettando la teoria della correzione [54]). Ciò infatti suppone la possibilità di una esclusione diretta dell'erede necessario in un patto successorio fatto con altri, e questa possibilità, come dimostreremo in seguito (n. II, D), non esiste. Ma non abbiamo bisogno di trattenerci di più su questo punto perchè già sopra (pag. 835 seg. del volume precedente) fu ampiamente dimostrata la inesattezza del sistema della correzione. Cadono così senz'altro le distinzioni accennate poco fa; la preterizione non ha efficacia diversa dalla esclusione non formale o dalla esclusione ingiusta. La Nov. 115 dispone che il testamento debba essere annullato soltanto *quo ad heredis institutionem;* sembra dunque che nell'applicazione di questo diritto ai patti successori il diritto dell'erede necessario si debba estendere oltre i limiti ad esso imposti dall'ultima legislazione di GIUSTINIANO. Ma la Novella non dice già che il testamento non debba mai essere annullato del tutto, bensì ordina la nullità di esso colla modificazione però che l'erede necessario sottentrante nel luogo dell'erede scritto debba rispettare i legati, le libertà e le nomine di tutori, ond'è che se nel testamento non sia lasciato alcun legato, egli prende tutto. Nei patti successorii questo dev'esser ammesso come regola. Tuttavia un'applicazione letterale del principio, che soltanto la successione universale ordinata dal testatore debba cadere e le disposizioni a titolo singolare debbano restare in vigore, non è esclusa neppure nei patti successorii. Non si deve certamente porre, come alcuni fanno [55]), la regola che anche nei patti successorii possano ordinarsi dei legati. Anche oggi è regola invece che i terzi non possano derivare diritti dai contratti conclusi fra altri [56]). Vi sono bensì delle modificazioni

---

54) Questa è l'opinione del PUFENDORF, *Observationes,* t. II, obs. 173 e del MAYER, *Diss.* cit., § 18.

55) MITTERMAIER, *Grundsätze, ecc.* (Principii di diritto privato tedesco), § 403, n. XI.

56) Questa regola è riconosciuta molto decisamente anche nel diritto prussiano, secondo il quale il terzo può derivare diritti da un contratto concluso fra altri solo quando egli abbia aderito al contratto col consenso delle due parti principali. *Diritto territoriale prussiano,* parte I, tit. 5, § 75, 77. Confr. EICHHORN, *Einleitung, ecc.* (Introduzione al diritto privato tedesco),

alla regola, e la pratica va oggi più in là dello stesso diritto romano, perocchè non solo essa permette di stipulare in un contratto a favore di un terzo, ma dà anche al terzo azione contro il promittente senza bisogno di cessione da parte dello stipulante [57]). Tutto ciò però suppone sempre un rapporto obbligatorio esistente fra il gestore di negozii e il terzo in conseguenza del quale questo potrebbe agire contro quello per la cessione del diritto di credito da lui acquistato [58]). Questo rapporto obbligatorio può essere fondato anche su una semplice gestione di negozii arbitraria indipendentemente da mandato e inoltre un qualunque negozio concluso per un terzo può

---

§ 343 n. 4. Come eccezioni si citano i così detti patti successorii restitutivi o devolutivi, la promessa, cioè, di restituire l'eredità dell'altro contraente ad un terzo, e i fedecommessi di famiglia costituiti mediante patto successorio. EICHHORN, loc. cit. — MAURENBRECHER, *Trattato* cit. § 564. In quest'ultima ipotesi però non si tratta di veri terzi, bensì degli eredi del contraente i quali dal patto acquistano un diritto, altrimenti si dovrebbero per lo stesso motivo considerare come eccezioni alla regola che i terzi non possono acquistar diritti dai contratti anche gli affratellamenti degli eredi e in generale tutte le unioni degli eredi. I così detti patti successorii devolutivi o restitutivi appartengano però alla categoria dei concetti dottrinali creati arbitrariamente ai quali non si può riconoscere una esistenza reale indipendente. Samuele STRYKIO, che è lo scrittore fondamentale sull'argomento, raccoglie sotto questo nome i fedecommessi, le rinuncie di eredità, le donazioni *sub modo* e altre convenzioni che nulla hanno a che fare coi patti successorii veri e proprii, come i patti *de restituenda dote, de restituenda hereditate tertii* e simili (*Tractatus de success. ab intestato,* diss. VIII, c. IX). In simil modo il HARTITZSCH, *Das Erbrecht nach roem. und heut. Rechte* (La successione secondo il diritto romano e il diritto moderno), Lipsia 1827, § 33, n. 3, raccoglie sotto il nome di patto successorio restitutivo tante cose diverse. Anche i moderni germanisti sono tutt'altro che d'accordo sul concetto del patto successorio restitutivo, perocchè gli uni lo contrappongono al fedecommesso (EICHHORN, loc. cit.), altri lo considerano invece come una specie di fedecommesso (HASSE, *Ueber Erbvertrag* (Patto successorio) nel *Rhein. Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. II, pag. 153 seg., n. 4. — MAURENBRECHER, *Trattato,* § 564). Quest'ultima affermazione è esatta; questi fedecommessi stanno sotto le leggi generali che valgono pei fedecommessi. Simili oneri portanto valgono nei limiti entro i quali possono essere apposti ai patti successorii; al di fuori di quei limiti, occorre che essi siano ordinati nella forma prescritta per le disposizioni unilaterali di ultima volontà.

57) Vedi la mia *Doctrina pandectarum,* vol. I, § 131, n. 1.

58) Vedi la mia *Cession der Forderungsrechte* (Cessione dei crediti), § 37 n.° 1.

per la ratifica successiva di questo divenire un negezio proprio di lui [59]. Occorre però che il gestore di negozii creda di agire per il terzo, cioè in relazione ad un rapporto di diritto già esistente per quello (nota 59), ma anche se si volesse astrarre da ciò difficilmente si potrebbe per questo motivo sostenere la possibilità di attribuire diritti a terzi mediante un patto successorio. Chi potrebbe infatti considerarsi in questo caso come il gestore del terzo? Il *de cuius* forse, per la ragione che l'erede pattizio fa a lui una promessa a favore del terzo, o piuttosto l'erede stesso per la ragione che nella concessione fatta a lui si è voluto fare anche l'interesse del terzo? In ambedue i casi manca la possibilità giuridica di far valere un diritto con un'azione *ex negotiorum gestione*, perocchè al tempo della nascita del diritto o non c'è il subietto per mezzo del quale esso sia nato o non c'è il subietto contro il quale si possa far valere.

Pur non di meno è possibile dare anche nei patti successorii disposizioni che abbiano in sostanza l'effetto dei legati, sia in modo revocabile sia anche irrevocabilmente. Oltre i casi nei quali ciò è determinato da leggi particolari [60] sono da enumerare i casi seguenti: *a*) quando i terzi abbiano preso parte al patto successorio come successori singolari, non essendo dubbio che più persone possano pattuire validamente sopra lo stesso patrimonio in maniera che colui che acquista la parte principale si obblighi verso gli altri a certe prestazioni; *b*) quando il patto successorio assuma una forma nella quale possono ordinarsi anche le disposizioni di ultima volontà, come, per esempio, quando esso abbia la forma giudiziaria o sia fatto da-

---

59) L. 6 § 9 seg. Dig. *de neg. gestis*, 3, 5.

60) Nel *Diritto territoriale prussiano*, parte II, tit. 12 § 646 è stabilito che simili oneri debbano aver l'effetto di disposizioni unilaterali di ultima volontà. Del resto i patti successorii hanno in ogni modo nel diritto prussiano comune la forma coi testamenti. Parte II, tit. 12 § 621. Confr. Enrico G. Geyert, *Grundzüge der Lehre von den Vermaechtnissen nach dem allgem. Preussischen Landrecht mit Rücksicht auf die Roem. Gesetzgebung* (Linee fondamentali di una teoria de' legati secondo il diritto territoriale prussiano con riguardo alla legislazione romana), Francoforte sull'Oder 1829, § 17, pag. 98. La questione del resto non ha per noi quell'interesse che ha secondo il diritto comune, perchè l'erede necessario non ha il diritto di respingere del tutto gli eredi necessarii, bensì può solo pretendere la legittima.

vanti a cinque testimoni. Qui si potrebbe osservare in contrario che secondo l'opinione dei contraenti l'atto sarebbe sempre però un contratto, e che se si parte dal concetto che i legati non possono essere ordinati che in disposizioni unilaterali di ultima volontà, non la forma, ma l'essenza del negozio debba decidere della validità o meno di queste disposizioni. Ma non vi è nulla di contradittorio nel patto con cui l'erede promette al *de cuius* l'adempimento di certi oneri a lui imposti a favor d'un terzo, e come questo può accadere per l'erede testamentario deve parimenti esser possibile per l'erede contrattuale. Solo se la legge non ammette la validità di tali oneri senza una determinata forma, questa deve esser osservata, ma se la è, nulla importa poi che essa sia anche la forma che serve per un altro atto, sia pure per un atto collegato nel modo il più stretto con quei tali oneri. Inoltre la volontà liberale del testatore deve sempre essere eseguita quando non vi siano disposizioni positive in contrario [61]); ora dell'esistenza di una volontà liberale non può qui dubitarsi nè certamente esiste alcun ostacolo di questa specie. Ben inteso però che gli oneri imposti a favore del terzo non possono avere altro significato che quello di disposizioni di ultima volontà unilaterali, onde il disponente può revocarle; se ciò non avviene, sempre il terzo le fa valere nello stesso modo che se gli fosse lasciato un legato da un erede testamentario o legittimo [62]); *c*) anche senza seguire questa via indiretta, però,

---

61) L. 24 (25) Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5. Vedi anche la nota seguente.

62) Analogo al caso di cui qui ci occupiamo è quello risolto da SCEVOLA in L. 37 § 3 Dig. *de legatis*, III, 32. Un padre dona *non mortis causa*, quindi in modo irrevocabile, tutto il suo patrimonio al proprio figlio emancipato, ma si riserva il diritto di disporre di alcuni oggetti. Più tardi egli impone al figlio alcuni fedecommessi; si domanda se questi devono essere adempiuti, non ostante che il figlio non possieda il patrimonio paterno come vero erede, nel senso romano.

« Quaesitum est, cum filius patris nec bonorum possessionem acceperit, nec ei heres exstiterit, an ex epistola fideicommissa et libertatem praestare debeat? ».

Sebbene la risposta affermativa sia fondata qui sul concetto che anche il debitore del testatore può essere gravato di un fedecommesso (confr. L. 77 in f. Dig. *de leg.* I, 30), a noi basta che sia posto così in evidenza il risultato che già per diritto romano anche colui che avesse ricevuto qualche cosa dal testatore indipendentemente da testamento o da eredità legittima poteva

possono in molti casi gli oneri imposti all'erede scritto a favore dei terzi avere effetto. I patti successorii infatti possono essere anche a titolo oneroso [63]), e si fanno non di rado colla clausola di assunzione per parte dell'erede contrattuale dell'obbligo di alimentare il disponente. Se invece il disponente dispone del suo patrimonio senza correspettivo l'acquisto è per l'erede a titolo lucrativo, quindi una vera donazione; si applicano dunque al caso tutte le regole sulla donazione, che hanno tratto a questo carattere di modo di acquisto a titolo lucrativo comune alla donazione e a questa specie di patto successorio. Questo patto dunque è retto dalle regole di una *donatio sub modo* nella quale il *modus* consista nella restituzione, totale o parziale, ad un terzo di ciò che il donatario ha ricevuto. Secondo il diritto antico quegli a cui favore il *modus* era stato opposto aveva un'azione per l'adempimento soltanto se fosse intervenuto al contratto; rescritti imperiali posteriori però accolsero il concetto secondo il quale il terzo acquistava senz'altra azione per l'atto liberale del donante [64]).

In questi casi adunque l'erede necessario deve, alla pari dell'erede contrattuale nel cui posto sottentra, riconoscere ed adempiere i legati. Ma egli è anche obbligato, quando il patto successorio è stato concluso a titolo oneroso, a tenere indenne l'erede contrattuale o a liberarlo dalla prestazione alla quale è obbligato se nulla fu ancora

---

essere gravato di fedecommesso. Certo, questa verità non deve esser presa così alla lettera com'è espressa nelle Pandette, ma la validità di tali oneri dipende di regola dall'applicazione della forma codicillare introdotta soltanto nel diritto nuovo.

63) Vedi Hasse, *Erbvertrag* (Patto successorio), loc. cit., pag. 213 seg. n. 13.

64) L'attribuzione di un patrimonio a titolo di eredità non poteva esser chiamata donazione, se non altro perchè secondo il diritto romano non era possibile la costituzione di una successione universale mediante donazione, e una successione universale poi può anche non esser lucrativa, bensì esser a scapito dell'erede. Vedi Hasse, loc. cit., pag. 211 seg.; n. 11-13. — Meyerfeld, *Die Lehre von der Schenkungen nach R. R.* (Teoria delle donazioni secondo il diritto romano), vol. I, Marburg 1835, § 8, n. 1, 2 pag. 67 seg. Naturalmente però l'eredità è considerata di regola un acquisto lucrativo e trattata come tale nel riguardo delle conseguenze giuridiche. Vedi per esempio L. 9 § 5 Dig. *de iuris et facti ignor.*, 22, 6 e la mia Dissertazione nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. II, pag. 393 seg. n. 2; L. 6 pr. § 2 Dig. *quae in fraudem cred.*, 42, 8.

prestato. Poichè infatti egli è divenuto erede, egli deve adempiere le obbligazioni del suo autore, naturalmente però solo in quanto ciò si concilii col motivo giuridico pel quale egli è divenuto erede, perocchè se lo si volesse costringere ad adempiere incondizionatamente tutti gli atti del suo autore, egli dovrebbe anche restituire l'asse ereditario all'erede contrattuale [65]).

S'intende del resto da sè che qui debbono esistere le condizioni necessarie a fondare il diritto di successione necessaria, per le quali quindi la possibilità di sostituire l'erede contrattuale è collegata al fatto che questo sia una *turpis persona* nel senso ben noto [66]).

II. Un secondo punto che deve richiamare la nostra attenzione è la questione fino a qual punto possa il diritto di successione necessaria sopprimersi per patto.

A) Il modo più semplice di ottenere ciò è un contratto coll'erede necessario stesso, che comunemente vien detto patto successorio renunciativo o rinuncia di eredità [67]). È indifferente in tal caso se l'erede necessario intervega a un contratto d'istituzione d'erede [68]), o

---

65) Anche nel diritto romano non è stabilito che l'erede debba riconoscere i rapporti obbligatorii dell'autore, senza per ciò essere obbligato anche ad adempiere le disposizioni che toccano i suoi diritti. Vedi L. 31 Cod. *de evictionibus*, 8, 45. Confr. anche L. 41 Dig. *de pign. act.*, 13, 7.

66) Meyer, *Diss.* cit., § 10, pag. 14.

67) Con ragione osserva il Hasse, loc. cit., pag. 151, che questa espressione ha un significato più comprensivo di quello che ordinariamente le si attribuisce, per la ragione che la rinuncia a una pretesa ereditaria si può concepire anche senza il concorso del *de cuius*. Egli propone per ciò il nome « contratto di diseredazione », ma contro questo non sta soltanto, com'egli crede, l'uso romano. La parola *diseredare* del resto si trova nel *Diritto territoriale della Frisia orientale* del 1515 ad indicare l'esclusione legittima. Vedi la rubrica del cap. 222 lib. II: « Come la madre sia diseredata per rinuncia », ove si parla dell'esclusione della madre dall'eredità legittima dei figli per non aver domandato la nomina dei tutori.

68) Il Hasse, loc. cit., pag. 151 seg., n. 3 e con lui il Maurenbrecher, *Trattato*, cit., § 563 nota *f*, ammettono che per regola al patto rinunciativo sia congiunto anche quello istitutivo di erede. Ma a ciò contradice l'esperienza. Basta pensare ai numerosi casi nei quali l'erede necessario sia stato già soddisfatto durante la vita del testatore, di guisa che a questo resti la libera disposizione della parte di patrimonio riservatasi senza il concorso di alcun erede pattizio, anzi senza che in nessun modo si abbia di mira alcun terzo determinato che in futuro dovrà succedere nel resto del patrimonio come erede.

se il contratto sia fatto con lui solo, e così se egli rinunci semplicemente come se egli riceva qualche cosa in soddisfazione del suo diritto di eredità [69]). Così anche le separazioni o sistemazioni complete dei figli, quali sogliono avvenire nel caso di comunione fra coniugi dopo la morte di uno di essi e sopra tutto quando il superstite passi a nuove nozze, appartengono alla classe delle rinunce valide. Ad onta infatti delle dispute sugli effetti di questa separazione è riconosciuto generalmente che questa separazione equivalga ad una diseredazione valida, dal che segue che i separati se anche possono avere un diritto di eredità intestata dopo i figli non separati, non possono mai pretendere un diritto di successione necessaria [70]), neppure se il patrimonio del padre dividente si sia poi accresciuto e il figlio soddisfatto non

---

69) I diritti particolari, che più specialmente parlano di ciò, enunciano il più spesso soltanto le rinuncie dell'ultima specie. Così per esempio, il vecchio *Diritto territoriale del Würtemberg* del 1567 parte III, pag. 286 (nel nuovo invece manca ogni disposizione in proposito); *Diritto di Lubecca,* lib. II, tit. 2, art. 33; *Diritto municipale di Amburgo,* parte III, tit. 3 § 7, 13; *Riforma di Lüneburg,* parte VI, tit. 1; *Diritto di Magonza,* tit. IX, § 5; *Codex Max. Bavaricus,* parte III, tit. 3 § 14 n. 3. Vedi infra nota 74. Il *Diritto territoriale prussiano,* parte I, tit. 12 § 649 seg., riconosce anche i patti successorii semplicemente rinunciativi, vale a dire patti nei quali l'erede rinunciante non riceve nulla in soddisfazione dei suoi diritti, supponendo però che quegli all'eredità del quale si rinuncia intervenga espressamente come contraente (§ 650). Ma questa non può considerarsi come una limitazione, perchè fa parte essenziale di ogni patto successorio vero e proprio, le disposizioni sulle eredità, siano esse future o già deferite, non portando alcun mutamento nella successione. Vedi Hasse, loc. cit., cap. 2, pag. 218 seg.

70) Confr. Mevio, *Comm. ad art. 33 tit. 2 lib. II Juris Lubecensis,* n. 129 seg. — Stein, *Abhandlung des Lübschen Rechts* (Dissertazione sul diritto di Lubecca), parte 2, tit. 1, § 153 nota *. — Pufendorf, *Observationes iuris universi,* t. III, obs. 10:

« Ad ius statutarium Luneburgense. Liberi segregati an parente sine nova prole mortuo testamentum eius ex causa inofficiosi possint impugnare, vel alio nomine legitimam ex eius hereditate petere ».

A torto del resto il Pufendorf pone il Mevio fra gli avversarii. Questi anzi dice espressamente che il separato equivale a un giustamente diseredato e non può per ciò impugnare le disposizioni testamentarie nè altre disposizioni dell'ascendente separante; soltanto ammette (loc. cit., n. 134 seg.) che il separato conservi il diritto alla successione intestata, dalla quale non può essere escluso che dai non separati.

possa più dirsi aver ottenuto così la sua legittima intera [71]), come è ordinato espressamente in alcuni diritti particolari [72]). In una parola, qualunque soddisfazione valida dei diritti dell'erede necessario esclude l'applicazione di tutte le disposizioni del diritto romano circa il modo nel quale tale erede deve esser tenuto in considerazione nel testamento, salvo che si possano dimostrare delle speciali eccezioni in qualche diritto particolare [73]), come, per esempio, nel diritto bavarese il quale stabilisce che quand'anche gli eredi necessari abbiano rinunciato spontaneamente all'eredità, « essi debbano tuttavia esser istituiti nella persona già ricevuta o che abbiano diritto di ricevere [74]).

Supponiamo ora che alcuno doni in vita il suo patrimonio al proprio erede necessario, riservandosi su una parte di esso o su tutti gli acquisti futuri [75]) il diritto di libera disposizione. Secondo i principii del diritto comune tedesco non si può dubitare che il testatore possa disporre liberamente della sua eredità, senza tenere in alcuna considerazione l'erede necessario. Ma chi dovrà considerarsi il vero erede, l'erede necessario o l'erede testamentario futuro? Tutto dipende qui in primo luogo dall'espressione usata nella prima disposizione e dal contenuto di questa, non essendo essenziale per la validità del contratto col quale vien soddisfatto l'erede necessario che egli vi

---

71) Pufendorf, loc. cit.: « Neque conveniens est, ut duplicem legitimam petant ».

72) *Riforma di Lüneburg*, parte VI, tit. 1 e tit. 19; *Diritto territoriale di Magonza*, parte IX, § 5.

73) Simili disposizioni sono da considerare come limitazioni di una regola di diritto o come diritto singolare, perchè il riconoscimento della rinuncia all'eredità non si concilia colla persistenza di un diritto di successione necessaria.

74) *Codex Maximilianeus Bavaricus*, parte III, tit. 3 § 14 n. 5. Questa immistione poco conveniente di concetti romani, che poteva dare origine soltanto a difficoltà giudiziarie, neppure il Kreittmayr cerca di giustificare, ed egli si limita a toccare questo punto assai brevemente. Cit. *Annotazioni*, vol. V, pag. 1038, n. *c*.

75) Per gli effetti è tutto una cosa se il testatore si riservi una parte del patrimonio lasciato o i suoi acquisti futuri. In nessuno dei due casi ciò che l'erede necessario riceve può essere considerato come eredità nel senso romano.

sia trattato come un successore universale. Ma l'erede necessario può anche nel patto successorio essere stato chiamato erede e in tal caso i beni da lui ricevuti vivente il testatore formano la futura eredità. Posto ora che accanto a lui un altro fosse istituito erede testamentario, si avrebbero più eredi universali per diverse cause di delazione, contro il qual fatto sembra potersi invocare per analogia la regola « *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* ». Gli scrittori nostri non sono, a dir vero, concordi sul punto se questa regola valga o no in Germania [76]. L'opinione prevalente sta pel no e per essa militano i motivi più serii. Sebbene in fatto la divisione del patrimonio in diverse masse sì frequente nel diritto successorio tedesco non escluda l'idea che sia da considerare come erede universale vero e proprio colui che riceve la parte non determinata del patrimonio [77], essa tuttavia ha costituito un ostacolo al sorgere di quel principio, il quale dovette per ciò perdere tanta della sua importanza pratica [78]. Per quanto quella regola dovesse apparire naturale, anzi necessaria ai Romani [79], in Germania essa dovette apparir invece strana ed essere considerata soltanto come una inutile sottigliezza romana [80]. Essa è riconosciuta espressamente, è vero, in alcuni diritti particolari [81], ma i più la ignorano [82] e nelle legis-

---

[76]) Confr. HASSE, *Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der ehelichen Gütergemeinschaft* (Contributi alla revisione della teoria fin qui insegnata sulla comunione fra coniugi), Kiel 1808, § 38 pag. 135 seg., nota 1. — GRIESINGER, *Continuazione del* DANZ, vol. IX, pag. 97-103. — MITTERMAIER, *Grundsätze* (Principii di diritto privato tedesco), § 384. — MAURENBRECHER, *Trattato* cit. § 547 nota *p.* — HUSCHKE, *Ueber die Rechtsregel « nemo, ecc. »* (Sulla regola « nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest ») nel *Rheinisches Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. VI, n. VIII, pagina 366 seg.

[77]) Vedi sopra pag. 3 nota 7.

[78]) Confr. LINDENBERG, *Comm. ad ius Lub. de testamentis et legatis,* § 16, pag. 38.

[79]) Vedi HUSCHKE, *Diss.* cit., pag. 258 seg., 296 seg., 336 seg.

[80]) Confr. GRIESINGER, *Continuazione del* DANZ, vol. IX, pag. 98 seg. nota *c.*

[81]) Per esempio *Diritto Würtemberghese* del 1609, parte III, tit. XI, art. 14. *Diritto del Palatinato,* parte III, tit. XI art. 6; *Cod. Max. Bavaricus,* parte III tit. 3 § 9 n. 4. Tanta lode merita l'autore del Codice bavarese di Massimiliano per quanto mal volentieri egli si allontana dalle così dette verità generali del diritto romano.

[82]) Del resto io non posso concordare col MAURENBRECHER, *Lehrbuch*

lazioni più recenti, cioè appunto in quelle che scientemente vollero abolire quei principii del diritto romano che non erano più in armonia coi concetti giuridici ormai accolti, essa è abolita espressamente [83]). Ma, qualunque opinione si possa avere su ciò, si può anche addurre un altro argomento per la coesistenza dell'eredità testamentaria e dell'eredità pattizia. La regola romana suppone la contrapposizione dell'eredità legittima e dell'eredità testamentaria soltanto, ma i patti successorii appartengono come i testamenti alle disposizioni del testatore sulla sua eredità e sono per ciò negli antichi diritti particolari compresi coi testamenti sotto lo stesso nome di negozii (*Geschaefte*) e insieme con essi contrapposti alla successione legittima [84]). In ambedue i casi l'eredità è deferita secondo la volontà del testatore e si verrebbe perciò ad attribuire alla regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* un senso che essa non aveva nel diritto romano, se la si volesse applicare al caso di concorso di questi due modi di delazione [85]). D'altronde nello stesso

---

(Trattato citato, § 547 nota *p*, che per la disposizione di parecchi diritti particolari, secondo i quali la clausola codicillare deve in ogni tempo essere sottintesa, sia distrutta indirettamente l'idea della rappresentazione assoluta. Se così fosse i codicilli intestati, l'aggiunta espressa della clausola codicillare e gli altri casi nei quali già nel diritto romano una disposizione testamentaria era tenuta in vigore come fedecommesso (confronta la mia *Doctrina pandectarum*, III, § 685 nota 5, § 686 § 780, note 12, 13) dovrebbero avere lo stesso effetto; ma anche in questi casi il diritto romano tien sempre fermo rigorosamente il concetto del così detto erede diretto.

83) *Diritto territoriale prussiano,* parte I, tit. 12 § 45. Il Gans, *Beiträge zur Revision des Preussischen Gesetzgebung* (Contributi alla revisione della legislazione prussiana), vol. I, parte II n. VII, pag. 137 seg., considera una inconseguenza che il diritto territoriale ammetta tuttavia qui una volontà presunta del testatore e in particolare riconosca il diritto di accrescimento dove non fu escluso dal testatore. Questo rimprovero però difficilmente si potrebbe giustificare. La legge ammette le disposizioni parziali sull'eredità, ma se il testatore ha disposto completamente e nominato parecchi eredi il diritto di accrescimento non è affatto contraddittorio. *Codice civile generale per i paesi tedeschi della monarchia austriaca,* parte II, capo VIII, § 534.

84) Vedi sopra pag. 8 nota 28 Aggiungi la riforma di Worms del 1498, lib. IV, parte III tit. 4, 11, 14, parte IV tit. I.

85) Di opinione diversa è il Huschke, *Rhein. Museum, ecc.* (Museo renano di giurisprudenza), vol. VI, pag. 298, perocchè egli crede che dalla regola *nemo pro parte testatus, etc.* consegua anche l'altra *nemo pluribus testamentis*

diritto romano vi erano già casi nei quali l'eredità diretta si deferiva in base a due o più testamenti diversi [86]). Ora il patto successorio e il testamento hanno in ogni caso questo di comune, che in tutti e due la successione legittima è esclusa dalla volontà del disponente; tutto il resto è senza alcuna importanza sostanziale [87]), e nulla perciò si oppone a considerare l'erede contrattuale e l'erede testamentario quali coeredi nella stessa successione [88]). La presente que-

---

pro parte relictis decedere potest. Ma nelle fonti si parla sempre soltanto dei diversi modi di delazione e CICERONE, *de inventione,* II, 21, usa per ciò anche l'espressione *dissimilibus de causis unius pecuniae plures heredes esse non possunt.* Questa espressione è secondo il HUSCHKE degna di censura, ma non basta per giustificar la censura nè il richiamo ai testi nei quali ad un testamento anteriore è attribuito soltanto l'effetto di una disposizione testamentaria (§ 2 I. *quibus modis infirm. test.,* L. 12 § 1 Dig. *de iniusto, rupto, irrito facto test.,* 28, 3), nè il richiamo alla regola: *Ubi pugnantia inter se in testamento iuberentur neutrum ratum est* (L. 188 Dig. *de reg. iuris,* 50, 17). Nel seguente titolo avremo occasione di tornare su questo argomento; qui basterà ciò che diremo nella nota seguente. Del resto anche il MAYER, *Diss.* cit., § 15 n. 3, è di opinione che la nomina di un erede universale testamentario non si concilii con una successione universale creata mediante patto successorio. Non si oppone però secondo lui la natura del patto successorio la regola vigente pei testamenti *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.*

86) L. 1 § 6 Dig. *de bon. poss. sec. tab.,* 37, 11:

« Si in duobus codicibus simul signatis alios atque alios heredes scripserit, et utrumque exstet, ex utroque quasi ex uno competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis habendum est, et supremum utrumque accipiemus ».

Il testo parla, a dir vero, di varie tavole testamentarie solenni della stessa data, ma non è possibile riferirlo soltanto a diversi esemplari dello stesso testamento (come in § 13 I. *de test. ordin.,* 2, 10, L. 24 D. *qui test. facere possunt,* 28, 4, L. 1 § 5 Dig. *de bon. poss. sec. tab.,* 37, 11), perchè in ognuno dei testamenti sono nominati eredi diversi. E tutto ciò astraendo dal fatto che non ci sarebbe nulla di anormale nell'esprimere la propria ultima volontà anche riguardo alla successione universale in due disposizioni di significato non equivalente. Maggiori particolari sul rapporto fra varii testamenti dello stesso testatore sono riservati al titolo seguente.

87) Confr. HASSE, loc. cit., pag. 168 seg., n. 3-5. Vedi sopra note 42, 43.

88) Anche le dispute dei germanisti sul punto se l'erede contrattuale sia obbligato a pagare i debiti del defunto anche col proprio patrimonio (MITTERMAIER, *Grundsätze* (Principii di diritto tedesco), § 403. — EICHHORN, loc. cit., § 344 n. 1), possono esser qui tralasciate, perchè anche nella successione testamentaria può il testatore determinare diversamente i rapporti dei coeredi fra loro.

stione del resto ha una importanza pratica solo sotto il presupposto di una legislazione la quale, come la bavarese, prescriva che l'erede necessario non solo sia soddisfatto nella sua legittima, ma anche sia tenuto in giusta considerazione. Se non è espressamente disposto che ciò sia fatto in un vero testamento, si può ritenere sufficiente che l'erede necessario sia soddisfatto in un patto che gli attribuisca la qualità di erede universale, dato pure che il testatore si riserbi la libera disposizione di una parte del patrimonio. Un caso di questa specie si è avverato circa venticinque anni or sono nella pratica giudiziaria bavarese [89]). Una donna di alto lignaggio donò tutto il suo patrimonio alle sue figlie maritate *per actum parentis inter vivos irrevocabilem*, come era detto nell'atto stesso, ove era dichiarato pure che l'eredità della disponente dovesse così considerarsi come deferita da quel momento. La disponente però si riservava la libera disposizione di una notevole parte del patrimonio, inferiore però alla quota di legittima; e in seguito istituiva in un testamento unica sua erede la sua cameriera coll'aggiunta di alcuni legati e insieme dichiarava di non esser più debitrice di alcuna legittima ai proprii nipoti, figli delle figlie morte nel frattempo, avendo essa già trasmesso a coteste figlie il suo patrimonio. I generi impugnarono in nome dei loro figli il testamento per preterizione degli eredi necessari. La decisione fu favorevole all'erede testamentaria e fu fondata principalmente sui seguenti motivi: *a*) che i discendenti della testatrice non si potevano

89) Il GOENNER, il quale difendeva come avvocato la validità delle disposizioni testamentarie susseguenti al patto successorio, ha scritto più volte sull'argomento. Prima nei *Beitraegen zur Iurisprudenz der Deutschen* (Contributi alla giurisprudenza dei tedeschi), vol. I, Norimberga 1810, poi in un fascicolo a parte dal titolo *Ueber den Begrif eines Notherben und die Erloeschung dieser Eigenschaft in besonderer Anwendung auf teutsche Erbvertraege vorzüglich nach dem roemischen und Baierischen Civilrecht* (Sul concetto dell'erede necessario e sulla perdita di tale qualità con speciale applicazione ai patti successorii, in particolare secondo il diritto civile romano e bavarese), Landshut 1812 (segue un breve parere del GLÜCK sull'argomento), in fine nell'*Archiv für die Gesetgebung und Reform des iuristischen Studiums* (Archivio per la legislazione e la riforma degli studii giuridici), vol. IV, Landshut 1814, fasc. III, n. IX, pag. 435 seg. Questi scritti hanno in alto grado i difetti di tutte le scritture defensionali, essi poi sono scritti in un tono altamente passionato e la storia dei fatti non è completa nè sempre esatta.

considerare preteriti per la ragione che essa li aveva riconosciuti eredi universali nel patto successorio, *b*) che la testatrice nel suo testamento non aveva disposto su una vera eredità o *universitas iuris*, ma soltanto sopra una *universitas hominis* e quindi l'erede da lei istituita succedeva soltanto a titolo singolare [90]), *c*) che inoltre la menzione dei discendenti fatta da lei nel testamento o il richiamo al patto successorio escludeva la preterizione. Pure astraendo dalla questione se i figli del nipote non potessero impugnare il testamento per diritto proprio come eredi necessari prossimi, già il primo motivo bastava a giustificare la decisione. È infatti fuori di dubbio che la testatrice aveva lasciato il suo patrimonio alle figlie a titolo universale e tuttavia essa poteva sempre nominare anche un erede universale testamentario. È possibile bensì che l'autore della disposizione contenuta nel codice bavarese secondo la quale gli eredi necessari rinuncianti devono in ogni caso essere istituiti nella legittima, abbia pensato all'istituzione testamentaria [91]); ma poichè l'espressione della legge è indeterminata, deve applicarsi qui il principio secondo il quale una disposizione di ultima volontà deve nel dubbio ritenersi valida [91 a]). Sul secondo motivo non si può dare

---

90) Quest'argomentazione si trova non solo in Goenner, *Begriff eines Notherben* (Il concetto dell'erede necessario, ecc.), pag. 131, ma anche nel parere del Glück pubblicato in appendice a questo scritto, pag. 4 seg. e nei motivi della decisione del Tribunale supremo di appello (*Archivio*, vol. IV, pag. 449). Il Glück però non usa come gli altri fuor di luogo l'espressione *universitas hominis* che qui non ha senso, perchè nel presupposto dal quale partono i difensori del testamento oggetto della disposizione non sarebbe un vero complesso patrimoniale, ma la testatrice avrebbe disposto soltanto di cose e somme determinate e mancherebbero quindi i caratteri essenziali di una *universitas rerum*. Vedi la mia dissertazione sull'*Universitas iuris et facti* nell'*Archiv für die civilitische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. XVII, Diss. XII, pag. 372 seg.

91) Ciò è anzi molto probabile perchè il Kreittmayr nelle *Annotazioni* a questa disposizione, vol. I, pag. 1038 *c*, parla espressamente di nullità del testamento nel quale l'erede necessario rinunciante non sia stato istituito.

91 a) Goenner, *Der Begriff*, ecc. (Il concetto dell'erede necessario), pag. 79, 85 e Glück, *Parere* cit., pag. 6 credono che gli avversarii non possano riferirsi a questa disposizione del diritto bavarese perchè la legge parla soltanto di rinuncia all'eredità, con o senza correspettivo, ma non del caso che l'erede necessario abbia ottenuto veramente la legittima dell'eredità. Tuttavia un

alcun giudizio preciso senza conoscere più da vicino il contenuto e l'espressione delle disposizioni in discorso. Se è vero, come è riconosciuto in parecchi luoghi ed anche nei motivi della decisione del Tribunale Supremo d'Appello, che i discendenti della testatrice fossero dichiarati nel patto successorio come veri eredi universali di tutto il patrimonio presente e futuro della madre e dell'ava [92]), l'oggetto della successione era sempre in ogni modo qualche cosa di determinato, cioè il complesso degli oggetti patrimoniali riservati alla libera disposizione, perchè anche ogni acquisto futuro e i risparmi stessi della testatrice appartenevano così all'erede contrattuale e quindi l'erede testamentaria non poteva avere più che i diritti di un legatario [93]). La testatrice aveva così adempiuto la prescrizione di legge secondo la quale il suo patrimonio doveva andare ai propri discendenti come eredità, ma del resto la sua erede testamentaria riceveva appunto la *hereditas*, il *nomen iuris* [94]), o il complesso patrimoniale non ancora determinabile al tempo della disposizione come

---

patto successorio acquisitivo su una quota dall'eredità include sempre anche una rinunzia. La distinzione del resto non si concilia neppure colle parole della legge. Però esattamente il Tribunale d'appello (*Archivio*, pag. 449) ammette che la disposizione di legge sia stata nel caso presente adempiuta.

92) *Archivio*, pag. 449. Questa tuttavia sembra essere una semplice conseguenza della dichiarazione della disponente di donare tutto il suo patrimonio alle figlie in modo che la sua eredità si abbia fin d'ora come deferita, colla quale però essa voleva adempiere alle prescrizioni sul diritto degli eredi necessarii formali, escludendo i discendenti appunto da quella parte del patrimonio che non era compresa in quello donato.

93) Questo deve ammettersi non già sulla base della L. 13 Cod. *de her. inst.* 4, 24 (vedi pag. 553 del vol. precedente nota 93), nè per la disposizione del *Codice Massimiliano bavarese*, parte III, cap. 3 § 9, n. 7, 8, cap. 7 § 1, 2 cui si richiama il GLÜCK, loc. cit., perocchè in quei testi non è affatto accolta l'opinione che l'erede *in re certa* istituito accanto ad altri debba trattarsi come un legatario, bensì l'opinione contraria. Ma deve ammettersi invece perchè le disposizioni unilaterali non possono valere contro il contenuto di un patto successorio, come è riconosciuto anche espressamente nel „*Codice bavarese*, parte III, cap. 11 § 1, n. 11. Se pertanto gli eredi contrattuali della nostra testatrice furono o espressamente o per ciò che risulta dalle circostanze della disposizione nominati soli eredi universali, la disposizione testamentaria posteriore non poteva dar luogo che alla successione singolare sugli obbietti riservati.

94) L. 110, L. 208 Dig. *de verb. sign.*, 50, 16.

sarebbe esistito al tempo della morte del testatore. Difficilmente invece merita approvazione il terzo motivo, secondo il quale i discendenti non dovrebbero considerarsi preteriti, perchè ne fu tenuto conto nel testamento. Il legislatore bavarese ha nella sua disposizione avuto dinanzi agli occhi la disposizione di carattere prettamente formale del diritto comune secondo la quale l'erede legittimario deve essere istituito erede, ciò che, com'è noto, è inteso da alcuni nel senso che debba essere istituito nella legittima [95]). Sebbene ora la validità dell'istituzione d'erede non si faccia più dipendere da forme o parole determinate, tuttavia le espressioni usate debbono potersi intendere in tal senso, ma questo non è certamente il caso quando il testatore dichiara semplicemente che egli non ritiene necessaria un'istituzione d'erede.

B) L'erede necessario può dunque rinunciare validamente al suo diritto. Ma questa rinuncia obbliga anche coloro che sono diventati eredi necessari prossimi alla morte del testatore dopo che il rinunciante è premorto? La questione posta in questi termini deve essere indubbiamente risolta in senso negativo. Chi sia erede necessario si determina al tempo della morte del testatore, nè su ciò influisce che l'erede necessario esistente al tempo del testamento sia stato istituito se egli muoia prima del testatore e alla morte di questo esistano altri, i quali non avevano diritto alla legittima solo fin che l'istituito esisteva ancora [96]). Non possiamo qui fare la dimostrazione come ciò sia riconosciuto anche nel diritto moderno. E poichè è anche assodato che i diritti dell'erede necessario non possono essere violati mediante patto successorio come non lo possono mediante testamento, ne consegue che il patto rinunciativo dell'erede necessario prossimo non può vincolare gli eredi necessari remoti; il diritto degli ultimi, una volta nato, è un diritto indipendente che non può esser loro tolto mediante rinuncia o transazione degli eredi necessari precedenti, perocchè questi hanno un diritto esclusivo soltanto sotto la condizione che essi siano i prossimi al tempo della morte del testa-

95) Confr. pag. 216 del volume precedente nota 39 e pag. 741 nota 74.
96) Vedi pag. 425 del volume precedente.

tore [97]). Infatti questa è sempre stata l'opinione comune e più accolta nella pratica [98]), nè è certo difficile confutare gli argomenti sui quali si fonda l'opposta opinione [99]). Si dice, *a*) che già nel diritto romano era possibile una anticipazione della successione vivente il testatore e che, nel caso di una tale anticipazione, la prossimità dell'erede doveva per conseguenza determinarsi al tempo della anticipazione stessa. Ma tanto la premessa quanto la conseguenza sono false. Il diritto romano parla, non dell'anticipazione nella successione, ma soltanto della divisione dell'eredità [100]), nè dice affatto che il tempo della divisione equivalga a quello della delazione, nè che la prossimità debba determinarsi secondo esso; esso rinvia anzi espressamente al principio che i dividenti debbono avere effettivamente un diritto di eredità [1]); ora diritto d'eredità sul patrimonio di un vivo è una delle più grandi anomalie possibili, che non può certo essere ammessa senza una espressa dichiarazione della legge; *b*) s'invoca il principio che nei contratti sia decisivo per l'acquisto del diritto il tempo della conclusione di essi [2]); e ciò è fuori di dubbio, ma quando si rinuncia ad un diritto non ancora acquistato, si sottintende la condizione dell'acquisto effettivo: e d'altronde è un disconoscere la natura del patto successorio l'applicare ad esso senz'altro i principii che valgono pei contratti ordinarii [3]). Il principio *non datur hereditas viventis* vale anche pei patti successorii; l'oggetto e il contenuto di un patto successorio rinunciativo o acquisitivo deve adunque

97) Confr. NIEPER, *Diss. de successione pactitia*, § 11 pag. 32 seg.

98) MEVIO, *Ad rubricam iuris Lubecensis*, lib. II, tit. 1, n. 88 seg. — STRYKIO, *Successio ab intestato*, Diss. VIII, cap. 10 § 76. — CRAMER, *De pacto hereditario renunciativo filiae nobilis*, Tr. I, Marburgi 1731, § 51.

99) Vedi questi argomenti in STRYKIO, loc. cit., § 77, il quale accoglie quest'opinione come più giusta in teoria, e in GOENNER, *Der Begriff eines Notherben* (Concetto dell'erede necessario, ecc), pag. 17, 79 83, 104 e altri luoghi.

100) L. 21 C. *fam. ercisc.*, III, 36 (« Si cogitatione futurae successionis officium arbitri dividendae hereditatis praeveniendo pater communis . . . suam declaraverit voluntatem »). L. ult. *eod.*

1) L. ult. C. cit. (« Inter omnes duntaxat heredes suos, qui ex quolibet venientes gradu tamen pares videntur esse »).

2) STRYKIO, loc. cit., § 77. Confr. sotto nota 4.

3) HASSE, *Ueber Erbvertrag* (Sul patto successorio), pag. 200-11, n. 1-10.

determinarsi sempre secondo il tempo nel quale il testatore muore [4]). Cade per ciò anche c) il terzo argomento secondo il quale il riconoscimento dei patti successorii rinunciativi nel diritto moderno non potrebbe avvenire senza attribuire alla rinuncia dell'erede prossimo l'effetto di escludere anche gli eredi successivi [5]). Altrimenti si dovrebbe anche poter argomentare in questo modo: poichè il testatore è obbligato a non trascurare gli eredi necessarii esistenti al momento

---

4) Vedi Strykio, loc. cit., § 77. Il Goenner, loc. cit., pag. 17, argomenta nel seguente modo: « Quando un patto successorio trasmette vivente ancora il testatore tutto il patrimonio presente e futuro di questo come eredità agli eredi, il caso della morte del testatore viene ad essere anticipato mediante il contratto ancora nel periodo di vita del testatore; in tal caso il tempo del contratto è da considerarsi giuridicamente come il tempo della morte di lui ». Egli invoca anche l'autorità del Kreittmayr, annotazione alla parte terza, tit. I, § 2 num. 4 *d*, volume V, pag. 844, che egli chiama un testo scritto con vero spirito scientifico, ed una prova del come un giurista pensatore debba anche applicare principii di diritto straniero ad istituti patrii. Dopo questa tirata si aspetterebbe che nel Kreittmayr vi fosse qualche altra cosa che la semplice applicazione dei concetti noti di patti successori semplici e misti. Questi, egli dice, sono fatti per atto di ultima volontà e conseguentemente il negozio diviene valido soltanto per la morte del testatore; quelli invece danno luogo di regola ad un diritto irrevocabile e quindi l'eredità si deferisce non soltanto alla morte dei contraenti, ma al tempo del contratto. Quest'ultima osservazione non fa che riconoscere l'esistenza di un diritto quesito per parte dell'erede contrattuale, ma è ben lungi dall'affermazione del Goenner che il patto successorio dia origine ad una morte giuridica del testatore, o che, come egli dice altrove, pagina 79, colui il quale riceve la sua parte di eredità, riceva subito il battesimo incancellabile di erede anche per il futuro. Chi ritiene come giuste queste premesse merita anche che gli sia perdonata l'affermazione secondo la quale colui il quale abbia disposto mediante un patto successorio non lascia alla sua morte alcuna eredità e quindi neppure eredi necessari perchè l'esistenza di questi non è concepibile senza l'esistenza di una eredità, pag. 104, 105. Ma il fatto che la tradizione del patrimonio sia avvenuta vivente la testatrice, al quale il Goenner attribuisce tanta importanza, è irrilevante per il significato giuridico dei concetti che qui devono applicarsi. Quando alcuno divide il suo patrimonio fra i suoi eredi presuntivi secondo le regole del diritto romano, il patrimonio tuttavia diviene eredità soltanto alla morte del testatore; la *mortis causa donatio* non muta il proprio carattere giuridico per il fatto che la tradizione avvenga subito e anche qui è lo stesso, salvo che il diritto è acquistato irrevocabilmente all'erede contrattuale nei limiti in cui esso può coesistere col diritto degli eredi necessari.

5) A ciò attribuisce sopratutto importanza lo Strykio, loc. cit.

della disposizione, egli deve sempre, quando questo è avvenuto, avere il diritto di ritenere sicura la validità della sua ultima volontà senza temere un annullamento di essa per la nascita o per la sopravvenienza di nuovi eredi necessari. Come la validità del testamento così anche quella della rinuncia all'eredità deve dipendere dal fatto che restino eredi prossimi coloro che erano tali al tempo della disposizione [6]).

Come però un testatore può benissimo prendere in considerazione i suoi postumi, così anche gli eredi necessari più lontani possono aderire una rinuncia all'eredità, sia da principio, sia in avvenire, purchè ciò avvenga nel modo prescritto dalla legge; basta in una parola che essi o chi li rappresenta validamente dichiarino la loro adesione. Perciò la rinuncia degli eredi necessari prossimi non obbliga i più lontani, neppure se sia estesa espressamente a questi, senza intervento di loro o del loro rappresentante [7]). Ma che cosa è da dire, se la rinuncia sia estesa espressamente agli eredi del rinunciante ed essi divengano poi veramente eredi per conto loro? In tal caso si ritiene obbligatoria la rinuncia anche senza il loro consenso, per la ragione che l'erede deve riconoscere gli atti del proprio autore [8]): ma questa affermazione in termini così generali non può ritenersi esatta. Si pensi, per esempio, al caso che il figlio del testatore rinunci per sè e suoi discendenti contro un corrispettivo, ma muoia prima del padre lasciando un patrimonio modestissimo e il padre invece lasci la sua grossa eredità per testamento a terze persone. Ammettere in questo caso che i nipoti debbano rinunciare all'eredità del padre per poter impugnare il testamento dell'avo sarebbe inconciliabile coll'equità e colla logica giuridica, la quale vuole che i diritti competenti per legge agli eredi necessari non possano

---

6) Nulla si oppone ad applicare questi principii anche alla rinuncia delle figlie, salvo che tale rinuncia non sia stata una semplice forma o tutt' al più una cautela per quelle parti del patrimonio dalla successione nelle quali le figlie sono escluse. Confronta Strykio, loc. cit., § 80. — Cramer, *Tract.* cit., § 2 seg., § 36, § 38. — Mittermaier, *Grundsätze, ecc.* (Principii di diritto privato tedesco), § 405. — Maurenbrecher, *Lehrbuch* (Trattato di diritto tedesco), § 569.

7) Questo è ammesso anche dallo Strykio, loc. cit., § 79.

8) Strykio, loc. cit., § 79. — Cramer, *Tract.* cit. 52.

essere loro tolti direttamente nè indirettamente altrimenti che coll'osservanza delle prescrizioni di legge. Anzi, anche se l'eredità del rinunciante sia sufficiente per assicurare ai figli di questo oltre la loro legittima anche l'importo dell'eredità dell'avo, quegli tuttavia non potrebbe secondo i principii rigorosi del diritto attribuire efficacia alla sua rinuncia altrimenti che istituendo validamente i proprii figli nel testamento coll'onere di non accampare alcuna pretesa all'eredità dell'avo [9]. Si potrebbe dire in contrario, che l'erede necessario è obbligato anche come erede intestato a riconoscere in ogni caso le disposizioni sui proprii diritti quando egli sia stato sufficientemente indennizzato sull'eredità, e io non dubito infatti, che i romani, se avessero conosciuto il patto successorio rinunciativo, avrebbero nel caso da me configurato accordato una *exceptio doli* contro l'azione del nipote. Io credo però, che neppure in questo modo si soddisfarebbe il diritto di successione necessaria formale che i nipoti hanno sull'eredità dell'avo. L'*exceptio doli* potrebbe adunque opporsi efficacemente soltanto se i nipoti trovassero nell'eredità paterna dopo tolta la legittima l'intero importare della eredità dell'avo, perocchè anche per limitare i diritti dei nipoti alla sola legittima di questa seconda eredità sarebbe sempre necessaria una disposizione testamentaria dell'avo. In ogni caso però la rinuncia per potere essere opposta agli eredi deve essere estesa espressamente a questi, altrimenti essi non agirebbero contro il patto del loro autore facendo valere i loro diritti di successione necessaria indipendente [10].

Nel caso d'eredità sopra menzionato s'è presentata anche questa questione, ma su questo punto il fatto non è chiaro. È certo che alla morte della testatrice le sue figlie erano già morte e che al posto di loro erano sottentrati i nipoti. Ma non è dato conoscere dalle circostanze di fatto esposte se nel patto successorio o di concessione irrevocabile della eredità si fosse tenuto conto dei nipoti o no. Certo è che qui l'erede testamentaria non si poteva richiamare alla disposizione del

---

9) Arg. L. 17 § 1, L. 27 § 8-10 *ad S. C. Trebell.*, 36, 1. — Hasse, *Ueber Erbvertrag* (Sul patto successorio), cap. IV nel *Rhein. Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. III, pag. 524 seg., n. 4-56.

10) Confr. Nieper, *Diss.* cit., pag. 33 seg.

diritto bavarese secondo la quale la legittima può essere domandata soltanto una volta su una eredità, di maniera che il nipote non possa più pretender nulla come legittima dall'eredità dell'avo, dopo che il padre abbia una volta ottenuta su questa la sua [11]). Questa disposizione sarebbe meglio che non esistesse perchè essa può dar luogo facilmente ad equivoci, e ciò che essa dice s'intende d'altronde da sè. Questo però non può esser un motivo per intenderla col GOENNER [12]) nel senso che il pagamento della legittima fatto all'erede necessario prossimo in vita del testatore escluda per sempre anche l'erede necessario più lontano. La legge parla di attribuzione testamentaria della legittima. Se l'erede necessario ha ottenuta questa per testamento, dopo la morte del testatore gli eredi legittimi esclusi da lui non possono alla lor volta pretendere una legittima sulla stessa eredità. Che questo sia il significato della legge è provato in modo indubitato dall'aggiunta: « essa gli spetta però sull'eredità del padre ». Se adunque i nipoti non aveano concorso come parti al patto successorio o di eredità il loro diritto indipendente di successione necessaria non poteva essere escluso da un contratto concluso fra altri.

C) Si domanda ora se non sia possibile anche nel patto successorio con un terzo tener in considerazione i diritti dell'erede necessario attribuendo a questo la legittima. Abbiamo già visto sopra (pag. 45), che simili disposizioni possono esser fatte validamente alla pari dei legati, perchè l'analogia della *donatio sub modo* non si adatta ad esse. Quando pertanto gli eredi necessari non abbiano alcun diritto ad esser formalmente nominati nel testamento non vi può esser dubbio che essi possano validamente essere soddisfatti con una simile attribuzione della legittima. Ma se le leggi richiedano una istituzione formale, questa non può farsi in un patto successorio. Ma se si ritiene che la regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* non sia più applicabile oggi, si deve ritenere che una disposizione con la quale il testatore riserbi la legittima al proprio

---

11) *Codex Maxilianeus bavaricus,* parte III, cap. III, § 15 n. 10.

12) *Ueber den Begriff eines Notherben* (Sul concetto dell'erede necessario), pag. 83 seg.

erede necessario con qualunque espressione sia valida, perchè si può dire che il testatore non ha escluso completamente la successione legittima e perciò non ha disposto sulla parte sulla quale l'erede necessario ha un diritto [13]).

D) L'opinione di alcuni i quali ritengono possibile la diseredazione degli eredi necessari nel patto successorio non si può sostenere secondo i principii del diritto comune [14]). Le istituzioni e le direredazioni possono per una nota regola di diritto romano avvenire soltanto nei testamenti e la validità di questa regole anche in Germania non solo deve essere ammessa secondo le ordinarie presunzioni, ma concorda anche col principio che mediante un contratto non possono essere stabiliti direttamente rapporti giuridici tra terze persone [15]). Ora gli effetti della istituzione di erede possono ottenersi anche per via indiretta (vedi lett. C), ma per le diseredazioni questa via indiretta non è possibile, e bisogna per ciò restare alla regola generale, posto che anche secondo il diritto vigente oggi vale il principio che le diseredazioni non debbono favorirsi [16]). L'ammissibilità della diseredazione in un patto successorio deve dunque essere provata come diritto speciale da colui che l'afferma, e del resto in alcuni antichi statuti si trovano appunto disposizioni che si possono intendere soltanto quando si riferiscano a una diseredazione mediante patto successorio. Così, per esempio, negli statuti di Worms nel 1498, enumerandosi i motivi di diseredazione, è detto: « Nei seguenti casi e pei seguenti motivi possono i figli essere preteriti o « diseredati, mediante testamento o negozio. Tale diseredazione e « il motivo di essa devano essere espressi nel testamento o nel

---

13) Così decise la facoltà giuridica di Gottinga nel 1738. Vedi REIMHARTH, *Selectae observationes ad Pauli Christhianaei decisiones*, vol. IV, obs. 68, pagina 104 seg.

14) Il contrario è affermato, ma senza addurre argomento dal MAYER, *Diss. An et quatenus principia iuris Romani de successione necessaria ad pacta successoria applicari possint*, § 18 nota *x*, pag. 21 seg.

15) L. 27 § 4 in f. D. *de pactis*, 2, 14. L. 73 in f., L. 74 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17. Sulla validità normale di questo principio anche nel diritto moderno vedi sopra nota 56 pag. 43.

16) L. 19 Dig. h. t. Confr. vol. precedente pag. 513, 527, 601, 766.

« negozio » [17]. Evidentemente le due espressioni, testamento e negozio, sono contrapposte in modo così netto, che se l'autore dello statuto ha voluto dire qualche cosa l'ultima espressione non può non riferirsi al patto successorio [18].

III. Occorre ora che esponiamo brevemente qualche cosa sull'influenza che certi contratti possono avere sul diritto di successione necessaria dei non contraenti in particolare. Alludo qui al patto così detto di unione delle proli (*Einkindschaft*) e ai contratti di matrimonio dei quali non abbiamo trattato fin qui o abbiamo trattato soltanto di passaggio.

1.° Mediante il patto di unione delle proli (*Einkindschaft*) varie stirpi di ascendenti sono poste di fronte ai genitori viventi riguardo alla loro eredità nel rapporto stesso che se tutti fossero nati effettivamente dagli stessi genitori [19]. La stipulazione di questo patto

---

17) Riforma di Worms, libro IV, parte 3. tit. 4. Del tutto simile è la disposizione della *Riforma di Norimberga del 1522*, tit. XV art. 2 *f*, 103 *a*. Nella redazione posteriore del 1564 questa disposizione manca.

18) Vedi sopra pag. 8, nota 28.

19) Io ho qui enumerato soltanto quell'effetto dell'*unio prolum* che è da essa inseparabile e che è riconosciuto in tutte le leggi che ammettono l'istituto come da tutti gli scrittori. E cioè i figli uniti ereditano dagli ascendenti che hanno costituita l'unione come se tutti quanti discendessero veramente da essi, astrazion fatta, ben inteso, dall'eventuale prelevamento riservato a favore dei figli dell'uno o dell'altro matrimonio. Confr. Paetz, *Diss. de successione universali per pactum promissa*, § 17, pag. 33. Si disputa: *a*) se anche gli ascendenti affini abbiano un diritto uguale a quello degli ascendenti naturali; *b*) se i diversi stipiti di discendenti siano anche nei riguardi ereditarii nel rapporto di fratelli fra loro. I diritti particolari e gli Statuti discordano fra loro non meno degli scrittori. Se a queste questioni si risponde affermativamente si viene così a riconoscere anche la possibilità che il diritto normale di successione necessaria venga influenzato in una misura più larga dalla *unio prolum*, ma ciò non modifica per nulla i principii fondamentali. Notiamo solo di passaggio che il diritto di successione è concesso di solito agli ascendenti affini e negato più spesso ai collaterali affini. Vedi la *Costituzione di Magonza del 1534* (Continuazione del *Commentario* del Danz, vol. VIII, pag. 168 seg.), confrontata col *Diritto territoriale di Magonza del 1755*, tit. 2, § 17. È notevole che in quest'ultimo è accordato agli ascendenti affini il medesimo diritto di eredità intestata che agli ascendenti naturali, a questi ultimi soltanto però è dato il diritto di successione necessaria. Vedi cit. § 17. Cfr. pure *Dir. terr. di Solms del 1571*, tit. 20, § 11, 14; *Riforma di Francoforte*, p. III,

presuppone che esistano già i figli di un precedente matrimonio, ma possono in tal modo essere uniti anche i figli di diversi stipiti, vale a dire i figli portati da ciascuno dei coniugi singolarmente, i così detti *comprivigni*, e quelli che nasceranno dal matrimonio fra i coniugi stessi. Se questo patto abbia gli effetti dell'adozione [20]), o sia invece un patto successorio [21]), se i figli uniti possano essere diseredati dal patrigno o dalla matrigna come se fossero eredi naturali [22]) sono tutte questioni che qui non possono essere trattate. Noi

---

tit. 10, § 20, 21; *Diritto territoriale del Palatinato*, parte II, tit. 25, art. 3 e 5; *Ordinanza di giustizia del Granducato di Zweibrücken del 1722*, tit. 105 art. 10, 12; *Diritto municipale di Wimpfen*, parte I, tit. 6, § 6; *Diritto territoriale prussiano*, parte I, tit. I, § 720. « Lo scopo dell'unione delle proli (*Einkindschaft*) è che fra gli ascendenti e i discendenti affini i diritti personali e i doveri siano regolati nel modo stesso che fra ascendenti e discendenti naturali, onde nascono i diritti di reciproca successione ». Confr. § 752. Più raramente è riconosciuto un diritto di eredità necessaria ai collaterali uniti, come per esempio nel *Diritto territoriale di Bamberg del 1769*, parte II, cap. 1, tit. 3 § 6, dove però si distingue in modo poco intelligibile fra unione completa e incompleta. Confr. Schott, *Continuazione del* Danz, vol. VIII, p. 178 seg. Invece nel *Diritto territoriale del Würtemberg*, parte III, tit. 9, art. 11, per esempio, il diritto di eredità è negato anche agli ascendenti; ma ciò è assai raro. In questa concordanza della maggior parte dei diritti particolari gli antichi scrittori vedono, con ragione a parer mio, una testimonianza del modo come fu sempre considerato in Germania questo istituto, si potrebbe dire una testimonianza sul carattere di diritto comune di esso. Vedi per esempio Strykio, *Successio ab intestato*, Diss. VIII, capo VI, § 19. — Pufendorf, *Observationes iuris universi*, t. I, obs. 200 § 23 § 52. I moderni invece tendono a considerare il diritto di successione degli ascendenti affini, che conduce a molte deviazioni dal diritto romano, come una semplice eccezione e richiedono per ciò una espressa ricognizione di esso nelle singole legislazioni particolari. Vedi Schott, *Continuazione del* Danz, vol. VIII, § 676 *l*, pag. 226 seg. — Eichhorn, *Einleitung* (Introduzione al diritto tedesco), § 348 n. III, note *m*, *n*. — Mittermaier, *Grundsätze, ecc.* (Principii di diritto privato tedesco), § 322, n. IX, 2. L'antica opinione è difesa però nuovamente dal Maurenbrecher, *Lehrbuch* (Trattato cit.), § 514 n. 1 *b*.

20) Questa è l'opinione comune degli Statuti a base di diritto romano e degli antichi scrittori, sebbene essa non sia del tutto conseguente. Confr. le notizie che lo Schott riferisce nella sua *Continuazione del* Danz, vol. VIII, § 674 *a* seg. raccogliendole dalle fonti e dagli scrittori.

21) Confr. Eichhorn, *Einleitung, ecc.* (Introduzione al diritto tedesco), § 348 n. I e Maurenbrecher, *Trattato* cit., § 513.

22) Ciò è negato di solito. Strykio, loc. cit., § 29. — Pufendorf, loc. cit.,

dobbiamo trattare soltanto la questione se mediante questo patto sia possibile diminuire o oscludere il diritto degli eredi necessari senza che questi abbiano alcun rimedio. La questione deve risolversi in senso affermativo salvo che vi siano speciali disposizioni nei diritti particolari. In primo luogo infatti il patto di unione non può per regola essere impugnato per inofficiosità [23]. Vero è che tale impugnativa è possibile anche per le diminuzioni di patrimonio che avvengono per atto fra vivi, ma l'atto deve sempre appartenere alla categoria di quelli nei quali l'acquirente riceve senza correspettivo, cioè a titolo lucrativo. Quando alcuno per leggerezza o prodigalità o per affari arrischiati dilapida anche tutto il suo i suoi eredi necessari non hanno per ciò alcuna azione contro coloro che abbiano tratto guadagno da questa dilapidazione [24]. Ammesso dunque che un uomo ricco contragga matrimonio con una vedova scarsa di mezzi e ricca di figli col patto dell'unione delle proli, nè i figli nati da questo matrimonio nè i figli di primo letto del marito possono lamentarsi per la lesione del loro diritto di legittimari, perchè il patto della unione delle proli non è una donazione. Soltanto un motivo si può immaginare qui, per il quale si possa intentare la querela di inofficioso, e cioè quando il patto di unione sia stato concluso con l'intenzione e allo scopo evidente di frodare i legittimari. Colui che si induce a stipulare un tale patto ben sapendo che da ciò deriverà una diminuzione dei diritti spettanti per legge ai propri figli agisce in frode della legge: il suo contratto equivale dunque ad una vera donazione e deve quindi essere rescisso così come in generale i contratti onerosi sotto i quali è nascosto l'*animus donandi* [25].

---

§ 50, 51. — Breuning, *Quaestio, an unio prolium adimat ius testandi paciscentibus*, Lipsiae 1771, § 6. — Mittermaier, *Grundsätze, ecc.* (Principii di diritto privato tedesco), § 322, n. VIII. — Eichhorn, *Introduzione* cit., § 348 n. III, 2. — Maurenbrecher, *Lehrbuch* (Trattato), § 514 n. 1, nota V.

23) Confr. sopratutto Breuning, *Qu. an unio prolium tamquam inofficiosa rescindenda sit*, Lipsiae 1773.

24) Paolo Ludovico Kritz, *Abhandlungen über ausgewählte Materien des Civilrechts* (Dissertazioni su argomenti scelti di diritto civile), Lipsia 1824, pag. 128 seg. e pag. 372 seg. del precedente volume di questo *Commentario*.

25) L. 38 D. *de contrah. emt.*, XVIII, 1, L. 5 § 5, L. 31 § 4, 5, D. *de donat. int. V. et U.*, XXIV, 1, L. 3 C. *de postul.*, II, 6.

Questo motivo di impugnazione non può però giovare mai ai figli sopraggiunti, perchè riguardo a questi non si può immaginare un animo inofficioso per parte degli ascendenti [26]; parimente i figli di primo letto i quali abbiano come di regola preso parte al patto [27]) hanno il diritto di impugnarlo come inofficioso soltanto quando vi sia un motivo particolare di restituzione in intero contro il contratto [28]. Diverso è il caso quando la lesione della legittima sia indicata espressamente in un dato diritto particolare, come motivo per impugnare il patto di unione [29]. In tal caso non si guarda naturalmente all'intenzione degli ascendenti; ma soltanto se vi sia stata o no violazione. S'intende però che in tutti i casi nei quali il patto può essere impugnato per la lesione della legittima non si deve considerare lo stato del patrimonio quale era al momento della stipulazione, ma al momento della morte del testatore, però che mediante tale stipulazione non si diminuisce il patrimonio presente, come avviene invece nelle donazioni ordinarie.

In secondo luogo il diritto di successione necessaria di certe persone può essere annullato dal patto di unione o per lo meno può essere revocato senza che gli eredi necessari possano lamentarsi. Questo è possibile soltanto riguardo agli ascendenti e ai fratelli dei genitori paciscenti [30]), perchè il diritto di successione dei discendenti e dei loro fratelli non può essere toccato. Se sia stato pattuito che

---

26) Arg. L. 5 Cod. *de inoff. donat.*, 3, 29. Vedi pag. 359 seg. del volume precedente.

27) PUFENDORF, loc. cit., § 25-29. — EICHHORN, *Einleitung* (Introduzione cit.), § 348, pag. 846. — MITTERMAIER, *Grundsätze, ecc.* (Principii di diritto privato tedesco), § 322 n. I. — MAURENBRECHER, *Lehrbuch* (Trattato citato), § 512 pag. 663 n. 1.

28) Vedi la dottrina della estinzione della unione delle proli nei *Trattati di diritto privato tedesco.* Confr. GRIESINGER, *Commentar über das Wirtembergische Landrecht* (Commentario al diritto territoriale würtemberghese), p. III, tit. 9, vol. V, pag. 302 seg. § 77. Del resto talvolta è anche determinato per legge che il beneficio della restituzione per minore età non abbia luogo in questo caso. Vedi il *Diritto territoriale di Trier del 1713*, tit. IX, § 9.

29) Questo è avvenuto per esempio nel *Diritto territoriale del Würtemberg*, parte III, tit. 9 § 14, 15.

30) E per questo la nota regola che essi hanno azione soltanto quando sia loro stata preferita una persona turpe servirebbe solo in pochissimi casi.

i discendenti uniti stiano coi loro ascendenti affini nello stesso rapporto che se fossero nati da un giusto matrimonio fra i due contraenti ne consegue che essi escludono tutti i parenti dei medesimi nella linea ascendente e nella collaterale. Diversamente vanno le cose quando un dato diritto particolare richiede per l'esclusione del diritto dei parenti veri di uno dei paciscenti il loro consenso [31]). Ma dove questo non sia stabilito espressamente il riconoscimento del nostro istituto porta di per sè che coloro i quali mediante contratto acquistano i diritti di discendenti naturali siano preferiti ai parenti più lontani [32]). Lo stesso vale naturalmente anche per gli ascendenti che stipulano l'unione quando la legge concede loro il diritto di eredità sul patrimonio di tutti i discendenti considerati nel contratto, como se essi fossero ascendenti naturali: gli ascendenti affini escludono qui come prossimi gli ascendenti naturali più lontani [33]). Riguardo al patrimonio escluso espressamente dal patto si applicano le regole generali sull'eredità.

2.° Molta somiglianza coi contratti di matrimonio del diritto romano hanno i patti *de lucranda dote* e sono infatti stati anche scambiati con essi (vedi nota 41). Probabilmente questa somiglianza dette anche presso i romani occasione ad assicurare talvolta al marito nei contratti dotali la successione nel patrimonio della moglie, onde fu necessario rinforzare il principio della impossibilità di costituire eredità mediante contratto. Gl'imperatori Diocleziano e Massimiano dicono infatti in un rescritto:

---

31) Questo è per esempio nel *Diritto territoriale prussiano,* loc. cit. § 728, 729, dov'è detto: « Se l'uno o l'altro dei coniugi che fondano l'unione (*Einkindschaft*) ha parenti in linea ascendente deve ottenerne il consenso. Se questo manca gli ascendenti conservano il diritto alla legittima sull'eredità futura del discendente che fondò l'unione ».

32) Taluni sono però di opinione che anche senza speciale disposizione di legge occorra il consenso non dei soli ascendenti naturali, ma di tutti gli eredi intestati dei fondatori dell'unione. Vedi per esempio Pufendorf, *Observationes,* t. I, obs. 200 § 31 seg., t. IV, obs. 191. Ciò però non sembra consentaneo allo spirito dell'istituto.

33) Se per il patto nasce il rapporto di fratellanza naturale per tutte le stirpi di discendenti unite, naturalmente anche i collaterali che sono nella quarta classe dell'ordine della successione intestata giustinianea sono esclusi dai più vicini collaterali affini.

« Hereditas extraneis (cioè a coloro che non hanno diritto di successione intestata) testamento datur. Cum igitur affirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona eius ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur » [34].

La moglie dunque può garantire al marito la dote pel caso di morte [35], ma non il diritto di eredità. Soltanto la moglie può portare in dote al marito tutto il suo patrimonio [36] e naturalmente il patto *de lucranda dote* deve valere in questo caso come in tutti gli altri. Anche in questo caso però il marito è un semplice successore singolare [37] ed acquista un diritto simile a quello di colui al quale fosse donato un intero patrimonio *mortis causa* [38]. Anche se la moglie non lasci altro che quello che ha portato a lui egli non può pretendere d'intentare le azioni di un erede universale, ne d'altro lato può essere convenuto come erede per i debiti [39]; ha luogo invece la successione intestata e gli eredi intestati possono chiedere colla

---

34) L. 3 Cod. *de pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias*, 5, 14. Neppure sul diritto di eredità dei figli si poteva convenire nulla mediante il contratto dotale. L. 15 Cod. *de pactis*, 2, 3. — Boehmer nella *Dissertazione* citata infra a nota 37, capo 1, § 5.

35) Sono esclusi i *bona quae dotis titulo non sunt obligata*, cioè quelli sui quali il marito non ha alcun diritto dotale. Vedi lo Scolio *u* in fine ad tit. *Basilicorum*, XXIX, 5, ed. Fabrot., parte IV pag. 710.

36) L. 4 Cod. *de iure dotium*, 5, 12; L. 72 pr. Dig. *eod.* 23, 3.

37) L. 27 Cod. *de iure dotium*, 5, 12. Confr. Strykio, *Succ. ab intestato*, Diss. VIII, cap. 5 § 28-35. Egli tratta degli effetti dei patti successorii veri e proprii annessi ai contratti di matrimonio, in contrapposto ai patti dotali romani. — Boehmer, *De successione hereditaria coniugum ex pactis doctalibus, Exercit. ad Pandectas*, t. IV, n. LXXI, cap. 1 § 3, cap. II, § 3 in fine e § 5. — Pufendorf, *Observationes iuris universi*, t. III, obs. 116 § 2. — E. F. Eisenhart, *Diss. de pactis dotalibus ob supervenientiam liberorum haud tollendis*, Opuscula n. XIV, § 17.

38) Vedi sopra pag. 40. Mueller, *Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall* (Sulla natura della donazione a causa di morte), Giessen 1827, § 45.

39) L. 27 Cod. *de iure dot.*, 5, 12, L. 72 pr. Dig. *De iure dotium*, 23, 3. Anche qui s'intende che ricorre la regola *bona non intelleguntus nisi ante deducto aere alieno* o, com'è detto in fine del testo citato, *non plus esse in promissione bonorum quam quod superest deducto aere alieno.*

petizione di eredità ciò che loro spetta, cioè la Falcidia e, quando siano eredi necessari, la legittima [40]) A dir vero il GLÜCK ha sostenuto che il marito dovesse considerarsi come successore universale quando la dote costituisse l'intera eredità della moglie [41]). Ma il testo da lui addotto contiene un principio che non ha nulla a che fare col nostro argomento, il principio cioè che l'erede del marito può considerare come parte dell'eredità anche il fondo dotale [42]). Non è invece cenno affatto di un diritto di eredità o anche soltanto di un diritto di riserva del marito, e le parole finali del testo sono anche *ad abundantiam* assai chiare; il fondo dotale appartiene all'eredità del marito perchè egli e quindi il suo erede è responsabile di esso e obbligato alla restituzione, al modo stesso che le cose che siano state date in pegno e a commodato al testatore formano parte dell'eredità e possono esser domandate dall'erede al possessore coll'*hereditatis petitio* [43]). Sopratutto però l'affermazione del GLÜCK non solo è in contraddizione coi principii generali del diritto romano sull'inammissibilità dei successori, ma è anche direttamente confutata sia dalla l. 5 Cod. *de pactis conventis* 5, 14, sia dalle l. 72, pr. Dig. *de iure dot.* 23, 3, la quale parla appunto di un caso nel quale la moglie avea portato in dote tutto il patrimonio e il marito lo riteneva poi per patto dotale.

« Mulier bona sua omnia in dotem dedit; quaero, an maritus quasi heres oneribus respondere cogatur? Paulus respondit: eum quidem, qui tota ex repromissione dotis [44]) bona mulieris retinuit, a

---

40) Vedi la mia *Doctrina Pandectarum,* III, § 750 pag. 407 nota 6 e § 420. Confr. pure infra nota 46.

41) Vedi il § 1230 del *Commentario,* vol. XXV. pag. 14 nota 34 dell'originale tedesco.

42) L. 1 § 1 D. *fundi dotali,* XXIII, 5: « Sed et per universitatem transit praedium, secundum quod possibile est, ad alterum, veluti ad heredem mariti, cum suo tamen iure, ut alienari non possit ».

43) L. 62 D. *de acq. rer. dom.*, XLI, 1: « Quaedam, quae non possunt sola alienari, per universitatem transeunt, ut fundus dotalis ad heredem ». L. 18 in f. L. 19 pr. D. *de her. pet.,* V, 3: « placuit, universas res hereditatis in hoc iudicium venire, . . . et non tantum hereditaria corpora, sed et quae sunt non hereditaria, quorum tamen periculum ad heredem pertinet, ut res pignori datae defuncto, vel commodatae depositaeve ».

44) La Vulgata legge *ex promissione;* il senso è così più preciso, ma non diverso. Vedi BRISSONIO, *De verb. significatione,* v. *repromissio.*

creditoribus conveniri eius non posse, sed non plus esse in promissione bonorum, quam quod superest deducto aere alieno » [45]).

Da ciò deriva che un patto dotale romano, anche se, applicato alla lettera, contenga una lesione materiale del diritto del legittimario, non dà luogo da un lato a un vero e proprio mezzo impugnativo per l'erede necessario, nè d'altro lato però può togliere a questo i suoi diritti. L'erede necessario è un erede intestato della moglie e ha diritto in questa sua qualità alla restituzione della dote; il marito, è vero, può ritenerla per patto, ma essa forma, ciò non ostante, parte dell'eredità come tutto ciò che è alienato in modo che il pieno acquisto dipenda dalla premorienza dell'alienante [46]). Solo però se l'erede necessario intervenga al contratto ciò gli fa perdere il suo diritto; e così è che i genitori della moglie non possono pretendere la legittima sulla parte della dote che il marito abbia diritto di ritenere in conformità del contratto matrimoniale stipulato col loro intervento [47]).

Ad un caso sì fatto è da riferire la L. 6 Cod. *de pactis conv.* un altro rescritto di Diocleziano e Massimiano:

« Si convenit, ut in matrimonio, uxore defuncta, dos penes maritum remaneret, profectitiae dotis repetitionem huiusmodi pactum inhibuisse, explorati juris est, cum deteriorem causam dotis, in quem casum soli patri repetitio competit, pacto posse fieri, auctoritate iuris saepissime sit responsum » [48]).

---

45) Vedi anche Tigerstroem, *Das Roemische Dotalrecht* (La dote secondo il diritto romano), Berlino 1831, pag. 170.

46) Così è detto della *mortis causa donatio*, « morte insecuta quodammodo a bonis auferri se retinendi peremta » (L. 42 § 1 Dig. *de m. c. don.*, 39, 6) e per ciò qui si applica la quarta Falcidia come in tutti i casi nei quali un acquisto lucrativo è confermato soltanto per la morte del disponente. Vedi L. 42 Dig. cit. L. 5, L. 12 Cod. *Ad legem Falc.*, 6, 50; L. 2 Cod. *De mortis causa donationibus*, 8, 57, L. 32 § 1 Dig. *De don. inter virum et ux.*, 24, 1: « cui (alla Falcidia) locum fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est ».

47) Leyser, *Med. ad Pand.*, t. V, sp. 309, med. 3, 4. — Pufendorf, *Obs.* t. III, obs. 116 (« De legitima parentum pactis dotalibus exclusa »).

48) Di questo testo fu già data la spiegazione esatta dal Glück nel vol. XXV pag. 372 dell'ediz. tedesca, § 1245.

L'ultima parte del rescritto si riferisce alla nota regola che il padre non può concedere nel contratto dotale al marito della figlia nessun vantaggio che contrasti col diritto di revoca che la legge concede alla moglie [49]).

Tornando al punto principale, l'intervento del padre non può considerarsi un patto successorio rinunciativo per la ragione che un tal patto non avrebbe potuto valere secondo il diritto romano [50]). Inoltre qui è supposto che la sposa fosse soggetta alla patria potestà; perciò al tempo nel quale il rescritto fu emanato essa non poteva neppure avere eredi [51]). Il padre adunque in questo caso rinuncia piuttosto a un diritto competente a lui in modo indipendente, cioè non come erede della figlia. Oggi però simili patti nei contratti di dote si possono anche considerare come validi patti di rinuncia di eredità, e quindi anche l'erede come tale interviene efficacemente al contratto. Se poi il marito divenga pel contratto solo erede universale, o coerede, o se gli eredi legittimi rinuncino soltanto alla facoltà di pretendere la dote come parte dell'eredità, sono questioni la cui soluzione dipende dal contenuto principale del contratto; per la questione di cui qui ci occupiamo poi esse non hanno alcuna influenza.

Come non può essere violato da un contratto dotale romano parimenti non può il diritto dell'erede necessario esser violato con un patto successorio vero e proprio annesso ad un contratto di matrimonio. Simili contratti infatti debbono esser regolati dalle norme stesse che regolano tutti i patti successori e il broccardo già sopra citato, « la nascita di figli rompe il patto matrimoniale » [52]), non è che l'espressione di questo diritto riguardo alla successione necessaria dei discendenti.

---

49) Vedi per esempio L. 3 Cod. *De pactis consentis*, 5, 14. L. 2 Dig. *De pactis dotalibus*, 23, 4; L. 1 § 1 in f. Dig. *De dote prael.*, 33, 4; L. 6 Cod. *De iure dotium*.

50) L. ult. Dig. *De suis et legit.*, 38, 16, L. 3 Cod. *De collat.*, 6, 20. — Boehmer, *De successione hereditaria coniugum ex pactis dotalibus*, cap. 1 § 5 in fine

51) Vedi § 1421 *a* nel volume precedente.

52) Vedi sopra pag. 38 nota 38.

Il contrario è sostenuto dall' EISENHART [53]), ma con argomenti incredibilmente deboli, eppure non sono mancati gli aderenti alla sua opinione. Secondo lui il broccardo sopra citato deve valere soltanto sotto il presupposto che il contratto matrimoniale sia stato concluso sotto la condizione espressa se non nasceranno figli da questo matrimonio. Ma in tal caso quel broccardo non avrebbe alcun significato, perchè s'intende da sè che il contratto cessa di aver effetti quando venga a mancare la condizione sotto la quale è stato concluso. Gli altri argomenti sono quelli che si adducono di solito per giustificare la possibilità di un'arbitraria esclusione dell'erede necessario mediante patto successorio, essere cioè la legittima una semplice creazione del diritto positivo ignota all'antico diritto tedesco, non potersi essa pretendere che sul patrimonio d'un defunto perchè *viventis non datur hereditas*, essere i mezzi impugnativi del testamento inapplicabili ai patti successorii, e simili [54]). Non è necessaria qui una minuta confutazione di questi argomenti. Il diritto romano della successione necessaria è riconosciuto come regola anche in Germania e i patti successori annessi ai contratti matrimoniali non possono avere diversa efficacia che se fossero conclusi indipendentemente da questi; ciò che in tali contratti viene assicurato a favore del coniuge superstite non è altro che l'eredità dell'altro coniuge e su questa, non sul patrimonio del superstite, l'erede necessario pretende la legittima. In fine, abbiamo già dimostrato sopra che ai patti successori si applica nei suoi effetti sostanziali il diritto di successione necessaria.

Per analoghi motivi si vuole che la legittima possa esser tolta mediante contratto matrimoniale anche agli ascendenti, al che si aggiunge l'argomento che questi di solito intervengono al contratto o per lo meno vi prendono parte [55]). Questo però è un argomento in-

---

[53]) E. F. EISENHART, *De pactis dotalibus ob supervenientiam liberorum haut tollendis* (*Opusc.* num. XIV), § 21-28.

[54]) Si concede del resto che la pratica non ammetta un toglimento arbitrario della legittima spettante ai discendenti, col limite però che il diritto di credito verso l'erede contrattuale non possa mai oltrepassare la misura della legittima. EISENHART, loc. cit., § 29. Anche questo limite è già stato oggetto per parte nostra di critica e abbiamo tentato di mostrarne la inesattezza.

[55]) EISENHART, *Diss.* cit., § 19, 20.

significante, perocchè non si può dubitare certamente che gli ascendenti rinuncino validamente alla legittima come parti nel contratto in quanto cedano al marito un diritto irrevocabile sulla dote; la questione è solo se la legittima possa esser tolta loro senza il loro intervento, ciò che del resto non avviene sempre. Questa questione è risolta affermativamente anche da Giorgio Enrico AYRER [56]), ma gli argomenti di questo scrittore non sono punto migliori di quelli dell'EISENHART, e inoltre qui i principii del diritto dei patti dotali romani sono così mischiati con quelli del contratto matrimoniale successorio tedesco, che la confusione non potrebbe esser maggiore. L'autore adduce fra gli altri questo argomento: i patti dotali non danno origine a successione universale, dunque essi non possono neppure violare il diritto degli eredi necessari. Benchè dunque oggi si possa con tali patti disporre anche della successione, essi restano sempre patti dotali, quindi non può riguardo ad essi parlarsi di *hereditas* nè di legittima [57]). Questa conclusione pecca per tutti i difetti possibili. Non credo necessario però di mettere questi in luce, massime perchè ritengo di avere colla trattazione precedente sufficientemente dimostrato, *a*) che anche mediante i patti dotali romani non era lecito violare arbitrariamente il diritto degli eredi necessari, *b*) che i veri patti successori esclusivi della successione intestata, avvengano essi fra coniugi o fra persone diverse, hanno sempre di fronte al diritto di eredità necessaria gli stessi effetti del testamento.

Vi è ancora un punto, che finora è stato oggetto di dispute se non fra gli scrittori nella giurisprudenza, e che non deve esser passato sotto silenzio. I contratti matrimoniali possono essere stipulati non solo fra le parti principali, cioè fra i fidanzati o i coniugi, ma spesso vi intervengono anche altre persone, come i genitori, ancor che alcuni punti tocchino soltanto l'interesse personale dei coniugi. Così anche in Germania non si è mai esitato a fare convenzioni sull'eredità dei coniugi in contratti ai quali prendono parte

---

56) La dissertazione *De legitima parentum pactis dotalibus exclusa*, Gottinga 1748 è stata difesa sotto la presidenza dell'AYRER; come autore e respondente è indicato G. van der HUDE.

57) *Diss.* citata, § 12 seg.

altre persone, senza che in essi si convenga nulla sull'eredità o sui diritti di successione di loro. Se questi poi siano eredi necessari dei coniugi si possono riservare il loro diritto di successione necessaria; se ciò non avviene è da ammettere che vi abbiano rinunciato [58]. Tuttavia la distinzione fra patti dotali o successori semplici e misti [59], nata non tanto per comodo della scienza quanto della pratica, ha fatto nascere qui qualche difficoltà. In generale s'intendono per patti misti quei patti successori fra coniugi che possono esser revocati ad arbitrio di una delle parti secondo le regole in vigore per le disposizioni di ultima volontà. La forma contrattuale deve naturalmente esser seguita anche in essi. Quando pertanto gli eredi necessari siano intervenuti a un tale contratto si domanda se anche essi abbiano la facoltà di revoca arbitraria. Chi ben consideri il valore giuridico dei così detti patti misti non potrà però fare a meno di risolvere negativamente la questione. Essi hanno il valore dei testamenti, naturalmente però nei soli rapporti fra testatore ed eredi, perchè gli eredi necessari che prendono parte ad essi non testano, ma rinunciano ai loro diritti o se li riservano. Per loro dunque il negozio ha il valore di un vero contratto, dal quale uno dei contraenti non può recedere senza il consenso dell'altro, se non quando si sia riservata questa facoltà in modo assoluto o coll'aggiunta di condizioni o limiti. E ciò vale non soltanto per le rinuncie, ma per qualunque assicurazione che il contraente si sia fatto dare per il suo diritto. Così, per esempio, un padre era intervenuto ad un contratto nel quale la dote da lui costituita era assicurata al genero pel caso di scioglimento del matrimonio per morte della figlia. Pei coniugi il contratto valeva come patto misto, e basandosi su ciò il padre dopo la morte della figlia richiedeva la dote, ma fu respinto per la ragione giustissima che riguardo alla sua persona il negozio non era una disposizione di ultima volontà, ma un vero contratto [60].

---

58) Arg. L. 8 § 15 in f. D. *quib. mod. pign. solv.*, XX, 6. Leyser, *Med. ad Pand.*, Sp. 309, n. 4.

59) Confr. il § 1246 di questo *Commentario*.

60) Leyser, *Med. ad Pandectas*, sp. 309, med. 3.

TITOLO III *).

De iniusto, rupto irrito facto testamento

§ 1426.

Dei testamenti invalidi in generale.

Per testamento invalido in generale s'intende quello che non può avere alcun effetto, oppure non è valido nel suo contenuto fondamentale, l'istituzione d'erede [61]). Le cagioni d'invalidità d'un testamento si riducono tutte a due categorie principali, e cioè o il testamento è invalido per difetti esistenti sin dal suo inizio, il cosidetto *testamentum nullum in genere* [62]), oppure la sua validità è tolta da impedimenti sorti dopo la sua confezione.

---

61) Vi sono ancora dei motivi speciali pei quali alcune disposizioni testamentarie, come i legati, cadono. Così, per esempio, la qualità dell'oggetto (vedi L. 39 § 8-19 Dig. *de legatis,* I, § 10 I. *de legatis,* 2, 20). Confr. in particolar modo in questo *Commentario* il tit. 4 del libro XXXIV, *de adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.* L'espressione testamento però non è usata qui nel senso ampio per indicare qualunque disposizione unilaterale di ultima volontà, ma nel significato proprio e ristretto di atto di ultima volontà che contiene una istituzione di erede diretta (§ 34 I. *de legatis,* 2, 20; § 2 I. *de codicillis,* 2, 25), al quale solo si riferisce la seguente esposizione sui testamenti invalidi.

62) Vedi Weber, *Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld* (Spiegazione delle Pandette secondo il sistema di Hellfeld), vol. II, lib. XXVIII, tit. 3, § 1426, pag. 227.

---

*) Tradotto ed annotato dal prof. Alfredo Ascoli.

I. Le cagioni appartenenti alla prima categoria sono poi alla lor volta di tre specie diverse. Esse cioè possono consistere in un difetto subiettivo, o nella qualità della dichiarazione di volontà, o nel contenuto della medesima. Un testamento privo di difetti sotto questi tre riguardi è detto nelle fonti *testamentum iure perfectum* o *iure factum* in contrapposto a *testamentum non iure factum* o *imperfectum* [63]. Il contrapposto tanto frequente presso i moderni fra difetti esterni ed interni e la differenza su questo fondata tra *testamentum iniustum* e *testamentum nullum* non abbraccia invece tutte le cagioni d'invalidità del testamento [64].

A) I difetti subiettivi hanno il loro fondamento principale nella mancanza di capacità o testamentifazione [65], la quale i moderni di-

---

63) L. 2 § 1 Dig. *test. quem. aper.*, 29, 3; L. 6 pr. Dig. *de lege Cornelia de falsis*, 48, 10.

« Si quis legatum sibi adscripserit, tenetur poena legis Corneliae, quamvis inutile legatum sit; nam et eum teneri constat, qui eo testamento, quod postea ruptum, vel etiam quod initio non iure fieret, legatum sibi adscripserit. . . . Non iure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, iure factum diceretur ».

La parola e il concetto si adattano qui benissimo a qualunque testamento che non può esser valido per un difetto originario. Non è tuttavia improbabile che il giureconsulto pensasse qui soltanto a un difetto di forma, com'è il caso nella L. 1 Dig. h. t. e nella L. 18 Dig. *de legatis*, III, 32, dove al *test. iure factum* è contrapposta la *nuda voluntas* come *test. non iure factum*, e nel titolo delle Istituzioni *quibus modis testamenta infirmantur*. 2, 17 Anche nella L. 12 § 1 Dig. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4 le espressioni: « Si prius *testamentum exstet iure factum*, quo filius exheredatus est, sequens *imperfectum* in quo praeteritus sit filius » sono da riferirsi soltanto a un difetto esteriore (vedi pag. 532 nota 10 del volume precedente); lo stesso vale pel *test. rite perfectum* della L. 2 D. h. t. 28, 3. Invece le parole *institutio iure facta* nella L. 25 in f. D. *de lib. et post. her.*, 28, 2 si rifescono al contenuto del testamento. Confr. anche Gius. Averani, *Interpretationes iuris*, lib. V, cap. 28 § 8: « iure factum dicetur (testamentum) quod valet iure civili, imperfectum quod praetoris auctoritate sustinetur ». In una parola le espressioni colle quali s'indicavano i vari motivi di nullità dei testamenti non erano fisse in modo immutabile. Vedi pag. 781 del volume precedente e infra nota 74.

64) Questa distinzione si trova anche in Hellfeld a questo paragrafo.

65) L'espressione *testamenti factio* ha anche un significato più ampio, nel quale si riferisce all'intero diritto testamentario. L. 3 Dig. *qui test. fac. poss.*, 28, 1. Vedi sopra § 1403 pag. 341 seg. del vol. XXXIII del *Commentario* nell'edizione tedesca.

stinguono in attiva e passiva [66]). Colui che non ha nè l'attiva nè la passiva è detto *intestabilis* [67]). Molto simile alla mancanza di testamentifazione attiva e identica negli effetti è la mancanza di capacità di volere [67 a]). Un testamento invalido per tali difetti non ha presso i Romani nè presso i moderni alcun nome speciale [68]).

B) I difetti della seconda specie, consistenti nella qualità della dichiarazione di volontà, possono essere assai varii. Può mancare: 1.° la libertà della volontà [69]), 2.° la necessaria indipendenza della dichiarazione di volontà [70]), 3.° una manifestazione chiara e intelligibile di essa [71]), 4.° la completezza della dichiarazione sia per

---

66) Della prima abbiamo già parlato sopra al § 1404 e al § 1407 del *Commentario*, della seconda tratteremo nel titolo V di questo libro *De heredibus instituendis*.

67) Vedi Teofilo, *Parafrasi*, ad § 6 I. *de test. ord.*, 2, 10. — Vinnio, *Comm. ad eundem locum*, n. 5. — Schrader, Istituzioni da lui edite, ad h. l. verba: « quem legem iubent improbum intestabilemque esse ». Confr. sopra § 1404, n. 5.

67 a) Vedi il titolo delle Istituzioni *Quibus non est perm. facere testamentum* e sopra § 1404 *a-d*.

68) L'espressione *nullius momenti* o *nullum testamentum* vi si adatta benissimo, perchè un testamento sì fatto è semplicemente nullo. Giustamente perciò il Hoepfner, *Comm.*, § 514 applica a questo come ad altri casi nei quali manca una designazione tecnica l'espressione *testamentum nullum in specie*.

69) Vedi il § 1405 del *Commentario*. A questo argomento si riferisce anche il titolo VI del libro XXIX, *Si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit*.

70) Vedi il § 1406 del *Commentario*. Si confronti anche la disposizione del S. C. Liboniano circa l'invalidità delle disposizioni scritte nel testamento dalla persona stessa a cui favore sono ordinate. Una spiegazione più precisa di essa verrà data nel § 1564 [b]).

71) L. 4 Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5; L. 2 D. *de his quae pro non scriptis habentur*, 34, 8. Vedi § 1442 e § 1564 n. 2.

---

b) Del Senatusconsulto Liboniano emanato nell'anno 769 a. u. c. si occupa il tit. X del libro XLVIII delle Pandette *de lege Cornelia de falsis et de Senatus consulto Liboniano*, e in particolare le L.L. 1 § 8, 5, 6, 10, 11, 14, 15, 17, 18, 22. Vedi anche il titolo del Codice *de his qui sibi adscribunt in testamento*, 9, 23. Il Senatusconsulto Liboniano non dichiarava però immediatamente nulle le disposizioni scritte dall'onerato, ma si limitava a colpire colla pena della *lex Cornelia de falsis* colui che avesse scritto una disposizione a proprio favore; da ciò poi derivava come conseguenza indiretta la invalidità della disposizione. Cfr. Vangerow, *Pandekten* (Pandette), § 433 nota 2. — Keller, *Institutionen* (Istituzioni di diritto romano), pag. 361-368.

la forma sia pel contenuto [72]), nel qual caso si ha il testamento imperfetto nel senso proprio della parola [73]), o infine, 5.° la forma prescritta, nel qual caso si usa di preferenza l'espressione *testamentum non iure factum* (vedi nota 63) o *iniustum* [74]). L. 1 pr. Dig. h. t. 28, 3: « Testamentum — non iure factum dicitur, ubi solemnia iuris defuerunt ».

C) I testamenti sono nulli fin da principio per difetto nel contenuto: 1.° quando questo è impossibile [75]) o, 2.° contrario alle disposizioni vigenti di legge. Appartengono a questa specie i testamenti con disposizioni captatorie [76]), ma sopra tutti quelli nei quali è violato il diritto degli eredi necessari; questi ultimi si chiamano di preferenza *testamenta nulla* o *nulla in specie* quando è leso un di·

---

72) Vedi il § 1430 verso la fine.

73) L. 6 pr. D. *de lege Cornelia de falsis*, 48, 10:
« Hoc tunc verum est cum perfectum testamentum erit; ceterum si non signatus fuerit rel. ».
Evidentemente l'espressione *perfectum testamentum* è contrapposta qui al testamento nel quale le formalità non siano state pienamente osservate. Così appunto è chiamato un tale testamento nel § 7 I. in f. I. *quibus modis test. infirm.* 2, 17.

74) L'espressione *iniustum testamentum* si trova in questo senso oltrechè nella rubrica del nostro titolo anche in L. 2 § 1 D. *test. quem. ap.* 29, 3 L. 9 § 1 Cod. *de suis et legit.*, 6, 55 e in Teofilo, *Ad I. pr. quibus modis test. inf.* Che essa fosse una espressione tecnica è provato dal fatto che in Teofilo è mantenuta l'espressione latina. Il Weber ad Hoepfner, *Commentario*, § 515 nota 1 e *Spiegazione delle Pandette*, vol. II § 1426, D. pag. 227, crede che l'espressione *iniustum testamentum* si riferisse piuttosto al testamento nullo per difetto di contenuto che a quello nullo per difetto di forma. Ma questa espressione non si riferisce sempre alla necessità materiale, bensì indica di preferenza ciò che è invalido secondo le regole e i principii giuridici, per esempio *iniustum matrimonium*, L. 1 pr. Dig. *unde vir et uxor*, 38, 11; *iniusta uxor*, L. 13 § 1 D. *ad legem Juliam de adult.*, 48, 5. Così anche l'espressione *test. non iure factum* indica il più spesso un testamento difettoso nella forma, ma questa espressione al pari dell'altra *iniustum testamentum* sono talvolta usate anche per indicare un testamento nel quale gli eredi necessari siano stati preteriti. Vedi, per esempio, L. 3 § 3, L. 6 § 1, L. 12 pr. Dig. h. t. e forse anche L. 26 Dig. *de inoff. test.*, 5, 2. Confr. sopra pag. 529 del volume precedente.

75) Come per esempio i testamenti nei quali un erede sia stato istituito sotto una *condicio in praeteritum collata*, che non si sia avverata L. 16 D. h. t.

76) Maggiori particolari possono vedersi al § 1444.

ritto di successione necessaria formale fondato sul *ius civile* [76 a]), in contrapposto ai *testamenta rescissa*, che sono quelli che possono esser rescissi per inofficiosità o mediante la *bonorum possessio contra tabulas* [77]). Quest'ultima designazione è anche più esatta di quella *testamentum nullum iure Praetorio*. Non si può invece giustificare logicamente che i testamenti rescissi si ascrivano spesso alla seconda categoria (vedi sotto n.º II) [78]), posto che la rescissione non si fonda in tal caso su motivi sopraggiunti solo dopo la confezione del testamento, ma sopra un difetto originario.

II. Per cagioni sopraggiunte solo dopo fatto il testamento questo diviene *ruptum*, *irritum* o *destitutum* [79]). Il testamento è *ruptum* per mutamento di volontà del testatore (§ 1428-31) o per agnazione di postumo (§ 1432); è *irritum* pel fatto che il testatore subisca una *capitis deminutio*; è *destitutum* pel fatto che l'erede istituito non voglia adire l'eredità o perda la capacità di succedere.

---

76 a) L'espressione romana è *nullius momenti testamentum*. L. 1 D. h. t. Confr. sopra pag. 524 seg. del volume precedente.

77) L'espressione *rescissum testamentum* non si può riferire esclusivamente al testamento inofficioso, come fanno per esempio HELLFELD, § 1426 e MACKELDEY, *Lehrbuch des heutigen römischen Rechts* (Trattato di diritto romano attuale), § 678; più giustamente il DONELLO *Commentarii iuris civilis*, lib. VI, cap. 16 § 19 e il WEBER, *ad* HOEPFNER, *Comm.*, 524 e *Spiegazione delle Pandette*, vol. II, § 1426 adoprano questa espressione per indicare anche il testamento annullato per la concessione della *bonorum possessio contra tabulas*.

78) Così HELLFELD, § 1426 e WEBER, *Pandette*, loc. cit. II.

79) *Tit. Inst. quibus modi testamenta infirmantur* 2, 17. L. 1 D. h. t. Qui è usata l'espressione *irritum* nel senso di *destitutum* (*Aut in irritum constituitur non adita hereditate*). Parimente nella L. 20 pr. D. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4, L. 50 pr. Dig. *de man. test.* Altrove è usata per *ruptum test.* L. ult. Dig. *de his quae in test. del.*, 28, 4; L. 15 pr. in f. D. *de test. mil.*, 29, 1. Sull'uso generale e tecnico di queste espressioni si trova la seguente osservazione in GAIO, II, 146 e nelle Istituzioni di GIUSTINIANO, § 5, *Quibus modis test. inf.*

« Hoc autem casu (cioè quando il testatore abbia subìto una *capitis deminutio*) irrita fieri testamenta dicemus, cum alioquin et quae rumpuntur irrita fiant, et quae statim ab initio non iure fiunt irrita sint. Sed et ea, quae iure facta sunt et postea propter capitis diminutionem irrita fiunt, possunt rupta dici. Sed quia sane commodius erat singulas causas singulis appellationibus distingui, ideo quaedam non iure fieri dicuntur, quaedam iure facta rumpi vel irrita fieri ».

TEOFILO osserva che queste espressioni non si riferiscono ai testamenti invalidi per diritto pretorio.

L'effetto normale dei motivi di nullità così originarii come i sopraggiunti è quello di rendere la disposizione completamente nulla [79 a]. Della modificazione che questa regola subisce nel caso che l'invalidità dipenda da lesione del diritto degli eredi necessari abbiamo già trattato ampiamente [80]. Altri motivi sono già stati parimenti considerati [81], ma il presente titolo deve occuparsi di preferenza del *testamentum iniustum, ruptum, irritum* o *destitutum*; degli altri casi ci occuperemo in altri titoli [82].

§ 1427.

In ispecie, 1.°) *del* « testamentum iniustum ».

Testamentum iniustum è quello nel quale non siano state osservate affatto o non completamente le formalità prescritte (*solemnia iuris*). L'effetto di tale inosservanza è la nullità del testamento in ogni sua parte [83]. Non sono mancati scrittori che abbiano voluto applicare anche qui il diritto della Nov. 115, sostenendo che solo l'istituzione di erede sia nulla in tal caso e le altre disposizioni testamentarie restino in vigore [84]. Ma anche ammettendo che la Novella non fosse una legge semplicemente correttiva, cioè una legge che abbia mu-

---

79 a) L. 2 § 1 D. *test. quaemad. aper.,* 29, 3. Vedi il paragrafo seguente nota 11.

80) Nel precedente volume di questo *Commentario.*

81) Vedi le note 66, 69 e 70 a questo paragrafo.

82) In particolare nei titoli: *De his quae in test. delentur* (28, 4); *De heredibus inst.* (28, 5); *De condit. inst.* (28, 7); *De regula Catoniana* (34, 7); *De his quae pro non scriptis habentur* (34, 8). Confr. anche la mia *Doctrina Pandectarum,* III, § 764.

83) L. 23, L. 29 C. *de fideicommiss.* (6, 42).

84) Alcuni ritengono un dovere di coscienza degli eredi intestati quello di adempiere l'ultima volontà manifestata non formalmente. Vedi su questa opinione STRYKIO, *Syntagma iuris civilis,* ex. XXXII, th. 16; *Cautelae testam.,* cap. XIV, § 33. — HERTEL, *Politische Thee und Caffee-Tassen* (Tazze di thè e di caffè politiche), n. XX *b*, pag. 57 seg. e gli scrittori da lui citati. Anche il VINNIO ad § 3 I. *de test. ord.,* 2, 10 n. 8 aderisce a questi e la sua opinione ha in certo senso un fondamento nel diritto romano, benchè qui non possa certamente pensarsi a una obbligazione fornita di azione. Vedi nota 39 di questo paragrafo.

tato il diritto solo in qualche punto [85]), non si può tuttavia estenderla a materie estranee all'oggetto e allo scopo suo. La Novella determina gli effetti della lesione del diritto dell'erede necessario, ora, fra questo e le prescrizioni sulle solennità delle forme non c'è la minima analogia. I difetti formali che si riferiscono a tutto intero il negozio debbono esercitare la loro efficacia, alla pari della mancanza di consenso, su tutte le parti del negozio, mentre invece appare altrettanto naturale che un erede necessario sottentri soltanto nel posto di colui dal quale fu escluso, e debba perciò adempiere anche agli oneri imposti a questo, ben inteso fin che questi non costituiscano una lesione del suo diritto. La forma riposa su regole di diritto meramente positivo e la legge per ciò può senza dubbio ammettere delle modificazioni di quella efficacia normale; ma la regola è sempre che la legge riconosce come valido il negozio giuridico solo quando non manchino le forme prescritte [86]); le eventuali modificazioni di questa regola devono essere provate. L'opinione che sostiene la nullità solo parziale dei testamenti non formali non ha per ciò trovato favorevole accoglienza [87]), e la maggior parte degli scrittori anzi neppure la ricorda. E l'opinione comune, che è la più esatta, è anche riconosciuta espressamente dall'ordinanza notarile di Massimiliano I [88]). La troviamo però talvolta modificata dalle leggi particolari [89]), e fra tali modificazioni è anche la disposizione per la quale si deve sottintendere la clausola codicillare anche quando non

85) Vedi il § 1425 *c* del *Commentario*, pag. 840 seg. del volume precedente.

86) L. 5 Cod. *de legibus*, 1, 14.

87) Vedi Hellfeld, § 1427 nota *c*.

88) *Ordinanza notarile del 1512*, II, § 12.

89) Per esempio nel *Codex Max. Bavaricus*, parte III, cap. 3 § 24 n. 3, i legati pii ordinati in un tale testamento sono dichiarati validi. Ciò era già stato ammesso come diritto comune da parecchi scrittori per la ragione che in questi legati si deve richiedere soltanto la prova della volontà (Vedi Kreittmayr, *Annotazione a questo testo*, n. 4 *b*, vol. V, pag. 1084), ma respinto da altri per il giusto motivo che in ogni modo sarebbero stati sempre necessarii due testimoni. Così la facoltà giuridica di Gottinga si pronunciò contro la validità di tali legati che erano stati ordinati in un testamento senza l'intervento di testimoni. Vedi Reinharth, *Ad Christianaei decisiones*, vol. IV obs. 37.

sia aggiunta al testamento [90]). Questa clausola infatti ha, com'è noto, l'effetto che aggiunta ad un testamento difettoso per la forma faccia valere questo come un codicillo [91]), ben inteso purchè non manchino le solennità prescritte pei codicilli.

Del resto è indifferente se le forme prescritte manchino del tutto o se manchi solo uno od altro dei requisiti; quindi se anche uno solo dei sette testimoni manchi delle qualità richieste o se uno solo non sottoscriva, il testamento dovrà sempre esser considerato giuridicamente inesistente. Coerentemente a questo concetto ULPIANO scrive nel libro 39 del suo Commentario all'Editto:

« Si quis ex testibus nomen suum non adscripserit, verumtamen signaverit, pro eo est, atque si adhibitus non esset; et si, ut multi faciunt, adscripserit se non tamen signaverit, adhuc idem dicemus » [92]).

Il pretore dava bensì la *bonorum possessio secundum tabulas* in base ad un testamento suggellato da sette testimoni ancor che mancasse delle forme del diritto civile [93]), ma il testamento pretorio [94]) è stato abolito nel diritto nuovo [95]), e la regola espressa da ULPIANO vale per ciò ormai come diritto comune senz'altri limiti che quelli della clausola codicillare o degli eventuali privilegi per alcuni testamenti.

Tuttavia alcuni pensano che un piccolo errore di forma, per esempio la mancanza del sigillo di un testimonio, non abbia importanza, quando non vi sia sospetto di frode. La facoltà giuridica di Wittemberg ha perciò dichiarato valido un testamento che era stato sottoscritto dalla testatrice in assenza dei sette testimoni, per la ragione che essa lo aveva segnato di propria mano col proprio suggello in presenza del notaio e di testimoni e dichiarandolo per suo [96]). È però una cosa molto mal sicura di garantirsi in questo modo indi-

---

90) *Diritto municipale di Rostock*, parte I, tit. 1, art. 26.

91) L. 29 D. *qui test. facere possunt*, 28, 1; L. 88 § 17 D. *de legatis*, II, 31.

92) L. 22 § 4 D. *qui test. facere possunt*, 28, 1.

93) GAIO, II, § 119 e § 147. § 2 *Inst. de test. ord.* 2, 10.

94) Così è chiamato di solito non solo fra i moderni, ma anche da TEOFILO nella Parafrasi, § 2 I. *de test. ord.*, 2, 10.

95) § 3 I. *de test. ord.* Vedi § 1412 del *Commentario*.

96) LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, vol. V, sp. 355, med. 5 e vol. XI, *Supplementum*, sp. 351, med. 1.

retto dell'adempimento di formalità positive. Chi parte dal principio che si possa fare a meno delle piccole formalità si mette al disopra del legislatore e pone con tale principio la legge positiva alla mercè dell'arbitrio rendendola argomento di continui dubbi e dispute. Come stabilire infatti i confini tra i difetti piccoli e i difetti grandi? Tutto ciò che il legislatore ha dichiarato necessario deve ritenersi tale [97]), onde a ragione il WEBER, che non era un leguleio, diceva che il testamento ingiusto deve cadere del tutto tanto se il difetto sia grande quanto se sia piccolo [98]). In contrario si potrebbe dire, almeno dal punto di vista legislativo, che lo scopo delle solennità del testamento è quello di ottenere il maggior grado di sicurezza sulla verità e sul contenuto della disposizione d'ultima volontà [99]), ma il legislatore ha anche con lo stabilire certe formalità determinate le condizioni sotto le quali egli riconosce questa sicurezza. Egli è per ciò che in un rescritto degli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO è nettamente distinto fra le forme richieste per solennità e la semplice prova della dichiarazione di volontà del testatore:

« Si unus de septem testibus defuerit, vel coram testatore omnes eodem loco testes suo vel alieno annulo non signaverint, jure deficiet testamentum. De his autem, quae interleta sive suprascripta dicis, *non ad juris solemnitatem, sed ad fidei pertinent quaestionem*, ut appareat, utrum testatoris voluntate emendationem meruerint, vel ab altero inconsulte deleta sint, an ab aliquo falsa haec fuerint commissa » [100]).

Se manca anche un solo testimone o se i testimoni non hanno firmato e apposto il suggello in presenza del testatore, il testamento non può valere ancorchè la verità della disposizione di ultima volontà si possa provare in altro modo; al contrario le questioni se una cancellatura o un mutamento avvenuto nel testamento sia opera del testatore, se essa sia involontaria o sia piuttosto una falsificazione, debbono essere risolte secondo le regole ordinarie del sistema proba-

---

97) Vedi il mio *Parere sul caso dell'eredità Staedel*, pag. 17 seg.

98) *Pandette*, II. § 1426, pag. 227 c.

99) Vedi il volume precedente del *Commentario*, pag. 33. n.° 5.

100) L. 12 Cod. *de test.* 6, 23.

torio. Quando dunque si parla della prova di una disposizione di ultima volontà non s'intende la prova che il testatore abbia effettivamente manifestata quella tale volontà, ma che egli l'abbia manifestata osservando le forme prescritte dalla legge. A tal fine si possono anche applicare delle presunzioni, cioè si può da certi fatti concludere che un testamento sia vero e siano state osservate le solennità [1]), ma in nessun modo si possono considerare come adempiute quelle forme che non lo furono, sotto il pretesto che la volontà del testatore non sia affatto dubbia.

Il LEYSER fonda tuttavia la propria opinione su due testi del diritto romano i quali se dovessero essere presi alla lettera e in modo pienamente generale, proverebbero troppo, perchè direbbero che non bisogna mai attribuire importanza alle solennità. Uno di questi testi è la l. 183 D. *de regulis iuris*, 50, 17:

« Etsi nihil facile mutandum est ex solennibus, tamen, ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est ».

Questa regola appartiene alle molte che si trovano nel titolo *de regolis iuris* e in altre parti del diritto romano, le quali se intese in modo generale sarebbero nella più aperta contraddizione con altri principii del diritto. Il principio a cui questa regola si riferisce si trova espresso più completamente nella l. 7 D. *de in integrum restitutionibus*, 4, 1 e da questa vediamo che i *solennia* di cui è parola nel nostro testo sono *iudiciorum solennia*, cioè l'ordinamento regolare della procedura giudiziaria, e vi si dice che colui il quale non è comparso dietro la chiamata in giudizio deve essere restituito contro i danni che gli sono derivati da questa non comparsa [2]). Nel secondo testo [3]) l'imperatore COSTANTINO abolisce la necessità di usare determinate formule od espressioni nell'istituzione di erede, *quoniam indignum est ob inanem observationem irritas fieri tabulas et iudicia mortuorum.* Come si potrebbe da queste parole argomentare una regola generale abolitiva di tutto il diritto formale?

---

1) PUFENDORF, *Observationes iuris universi*, t. II obs. 144.

2) Vedi GOTOFREDO, ad L. 183 Dig. *de reg. iuris* negli *Opuscula edita a* TROTZ, pag. 1187 seg. Confr. MUELLER, *Observationes practicae ad Leyseri Meditationes*, t. I, fasc. 1, obs. 5, pag. 29 seg. — WESTPHAL, scritto citato alla seguente nota 6, § 19, e mio *Parere* citato sul caso STAEDEL, pag. 26 seg.

3) L. 15 Cod. *de testamentis* 6, 23.

Un'altra questione che si presenta è quella se in caso di grave necessità il testamento possa essere fatto senza l'osservanza delle forme solenni. Suppongasi il caso che alcuno cada subitamente in stato di malattia mortale in luogo dove non si trovino che due testimoni capaci, egli fa il testamento davanti a questi e muore subito dopo. Per la validità di questo testamento sembra potersi invocare il principio generale di equità *impossibilium nulla obligatio est* [4]. Ma gli argomenti avversari sono più forti. Le leggi hanno considerato simili casi di necessità ed hanno per tali casi rimesso in tutto od in parte l'osservanza delle solennità normali [5]. Ma per tali casi stessi non vi ha una regola unica generale, come appare in modo non dubbio dal contenuto di queste disposizioni particolari. Nel testamento in tempo di peste, per esempio, è rimessa soltanto la così detta *unitas actus*; esso dunque vale soltanto se siano intervenuti i sette testimoni, e nulla importa se al testatore riuscisse o no di trovarli. Il testamento fatto in campagna, invece, richiede almeno cinque testimoni; lo stato di necessità autorizza soltanto a far di meno di due di essi come in generale del requisito della sottoscrizione. Non diciamo poi che questi sono casi puramente eccezionali i quali, sia per la loro particolarità, sia per i principii di interpretazione rigorosa che valgono in materia di disposizioni eccezionali, non possono applicarsi ad altri casi [6].

Anzi difficilmente si potrebbe anche convenire che fosse opportuna una disposizione di legge che sanzionasse una modificazione

---

4) L. 185 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17.

5) Appartengono a questi i testamenti dei non soldati *in hostico* (L. ult. Dig. *de test.*), i testamenti fatti in tempo di peste (L. 8 Cod. *de test.*) e i così detti testamenti *ruri condita* (L. ult. Cod. *eodem*).

6) Vedi sopratutto WESTPHAL, *Untersuchung der Frage ob ein ohne die vorgeschriebene Form gemachtes Testament des vorhanden gewesenen ausserordentlichen Nothfalls wegen giltig sei?* (Studio della questione se sia valido un testamento fatto senza la forma prescritta per cagione di uno stato straordinario di necessità, stampato anche nel *Niedersächsisches Archiv für Jurisprudenz* (Archivio di giurisprudenza della bassa Sassonia) del KOPPE, vol. II, pag. 293 seg. Contro l'estensione s'è pronunciato con ragione AYRER (resp. GRUSSENBERG) *Diss. de testamenti minus solemnis coram uno teste nuncupati probatione iureiurando heredis supplenda* (Goett. 1748), § 30.

generale per tutti i casi di necessità. Si darebbe così troppo facile impulso alle falsificazioni dei testamenti e in fin dei conti si può domandare sempre che cosa sarebbe lo stato di necessità. Se ad un testatore importa tanto che non si faccia luogo alla successione intestata, deve fare le sue disposizioni in tempo opportuno nè lasciarsi sorprendere dal caso di necessità, nè è poi una grande disgrazia, come osserva giustamente il WESTPHAL, che alcuno muoia senza testamento; certamente non gliene deriva danno, nè vi ha ragione per applicare qui il principio di equità; necessità non conosce legge [7]).

Secondo un'opinione molto comune il testamento *iniustum* o *nullius momenti* si convalida per la recognizione degli eredi intestati [8]). Questa opinione però difficilmente si concilia con altri principii del diritto perchè *quod ad initio vitiosum est ex postfacto convalescere non potest* [9]). È fuori di dubbio che l'erede intestato accettando il testamento rinuncia validamente al diritto di far valere contro gli eredi testamentari il suo diritto di successione legittima [10]), ma questo non si può chiamare una convalidazione del testamento nullo fin dall'ori-

---

7) WESTPHAL, loc. cit. § 16, 17 c).
8) Quest'opinione si trova anche in HELLFELD, § 1427 d).
9) L. 210 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17. Confr. L. 29 D. *eod.*
10) Arg. L. 16 § 1 Cod. *de test.* L. 2, 23 Cod. *de fideic.* 6, 42.

---

c) Sui testamenti privilegiati *tempore pestis* e *ruri condita* si confronti il seguito di questo stesso *Commentario*, Vol. XLII, pag. 245 seg. dell'ediz. ted. — MAREZOLL, nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura penale), Vol. IV, pag. 77 seg.; IX, pag. 297 seg. — KOECHY, *Civilistische Erörterungen* (Dissertazioni di diritto civile), Vol. I, pag. 114 seg. — ACKERMANN, *Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), Vol. XXXII, pag. 55 seg. (questi ultimi due sul solo testamento in tempo di peste). — WAECHTER nella *Tübinge kritische Zeitschrift* (Rivista critica di Tubinga), Vol. II, pag. 169 seg. e FRITZ, *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile edita dal LINDE), Vol. V, pag. 22 seg. (questi ultimi due sul solo *test. ruri conditum*).

d) Sulla recognizione del testamento invalido vedi anche DEDEKIND, *Die Anerkennung ungiltiger letztwilliger Verfügungen* (La recognizione delle disposizioni di ultima volontà invalide), 1872. — K. SCHMIDT nell'*Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), Vol. LVI, pag. 297 seg. — FRANCKE, *Commentar über den Pandectentitel de her. petitione* (Commentario al titolo delle Pandette *de hereditatis petitione*), pag. 126 seg. — VANGEROW, *Pandette*, II, § 457 nota. — BRINZ, *Pandette*, III § 379 a. — WINDSCHEID, *Pandette*, § 566.

gine. L'erede istituito conserva l'eredità non come tale in base al testamento, ma in conseguenza della rinuncia dell'erede intestato [11]), il quale deve dal punto di vista giuridico considerarsi il vero erede [12]). Il WEBER, il quale pure insegna in questa materia i principii giusti, distingue ancora se il testamento sia valido *stricto iure* e vi siano soltanto motivi di equità per il suo annullamento, o sia invece fin da principio invalido *de iure*. Nel primo caso egli attribuisce piena efficacia al riconoscimento e ritiene che l'erede testamentario sia e rimanga il vero erede, nel secondo caso ritiene che un testamento invalido fin da principio non possa tramutarsi in valido per la minaccia dell'erede intestato [13]). Questa distinzione però non si adatta al testamento ingiusto per la ragione che questo è sempre da considerarsi come inesistente *ipso iure* nè in base ad esso può darsi una *bonorum possessio secundum tabulas* [14]). Un testamento inofficioso o un testamento rescindibile mediante la *bonorum possessio contra tabulas* rimane in vigore quando l'erede necessario ri-

---

11) Poichè infatti questo testamento è nullo non si può dire che la successione si deferisca in base al testamento (L. 2 § 1 D. *test. quemadm. aper.* 29, 3: « Testamentum proprie illud dicitur, quod iure perfectum est; sed *abusive* testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, *vel iniusta*, vel irrita, vel rupta, itemque imperfecta solemus testamenta dicere »). — Jos. AVERANII, *interpr. iur.*, lib. I, c. 10, num. 23 segg. — Chr. Ulr. GRUPEN, *Disceptationes forenses*, cap. V, pag. 361 e pag. 364-390 (§ 1-8). — Alb. Phil. FRICKE (resp. Ge. Frid. MAACK), *Diss. de testamento nullo insequuta heredum ab intestato adprobatione nunquam in formam validi testamenti reconvalescente*. Helmstadt 1771, 4.

12) L'erede intestato che rinuncia dispone dell'eredità e fa una gestione *pro herede*. Vedi pag. 793 del volume precedente. Sulla differenza giuridica fra la convalescenza del testamento e la trasmissione dell'eredità mediante rinuncia vedi AVERANI, *Interpretationes iuris*, lib. I c. 10 n. 31 seg. — GRUPEN, loc. cit. — FRICKE, *Diss.* cit. § X, pag. 54-56 e nota 17 infra.

13) *Pandette*, II § 1427 pag. 229.

14) Vedi la parte I di questo libro, e la parte II pag. 621. Quando si parla di *bonorum possessio secundum tabulas* in base a *tabulae non iure factae* (GAIO II, 120) si vuol designare un testamento semplicemente segnato coi sigilli di sette testimoni, che è il testamento pretorio, in contrapposto al testamento fatto nella forma della mancipazione. Questa differenza non esiste più nel diritto nuovo e per ciò bisogna stare al principio *ius praetorium subsequitur ius civile* (L. 14 D. *de testibus*, 22, 5), cioè che in base a un testamento nullo non si dà neppure la *bonorum possessio*.

conosca il testamento, perchè la rescissione avviene bensì per un motivo esistente già al tempo della fazione del testamento, ma il testamento non si può considerare nullo [15]. Il testamento rotto per agnazione di postumo è invece parificato ad un testamento nullo, almeno se il postumo è sopravvissuto al testatore [16]), ond'è che se quegli accetta il testamento ciò non può avere effetto diverso dal riconoscimento di un testamento nullo fin dal principio. Anche per ciò dunque la distinzione del WEBER merita di essere corretta perchè essa contrappone senz'altro al testamento che si convalida per il riconoscimento il testamento nullo fin da principio [17]).

15) Vedi per ciò che riguarda il testamento inofficioso la L. 8 § 10, L. 12 § 2, L. 32 § 1 Dig. *de inoff. test.*, 5, 2, L. 31 pr. Dig. *de vulg. et pup. subst.* 28, 6. Per la *bonorum possessio contra tabulas* invece L. 6 § 1. D. *de bon. possessionib.*, 37, 1 («. . . *rescindit eorum capitis deminutionem Praetor*». L. 2 pr. D. *de bon. poss. sec. tab.*, 27, 11 (« Voluit (Praetor) primo ad liberos bonorum possessionem contra tabulas pertinere, mox, si inde non sit occupata, iudicium defuncti sequendum »). L. 50 § 4 D. *de bonis libertor.* — GRUPEN, *Diss.* cit. § 3, p. 372, e p. 536 nota 18 del vol. precedente. Di solito la L. 17 D. h. t. s'intende nel senso che se un *filius suus* sia stato preterito e quindi ci sia nullità del testamento (L. 7 D. *de lib. et post.*, 28, 2), l'astensione del *suus* preterito faccia divenire il testamento valido per diritto pretorio, abbia cioè per effetto di far ottenere agli eredi istituiti una *bonorum possessio secundum tabulas* efficace anche contro gli eredi intestati. Anche l'AVERANI, il quale pure applica con tanta conseguenza il principio che un testamento nullo non si può trasformare in valido per la ratifica degli eredi necessarii, non sa aiutarsi meglio su questo punto che distinguendo tra la validità civile e la validità pretoria e affermando che il testamento ottiene quest'ultima mediante l'astensione del *suus heres* (*Interpretationes iuris*, lib. I c. 10, 11). Tutto ciò però potrebbe anche ammettersi senza che ne derivasse alcuna conseguenza pei testamenti fatti senza l'osservanza di alcuna forma, perocchè in base a un testamento fatto colle forme civili o colle pretorie, si dava sempre la *bonorum possessio*, fosse pur *sine re*, ancor che vi fosse nullità per preterizione di *suus*, ma la *bonorum possessio* non si dava mai per un testamento senza forma (vedi nota 14). Secondo la migliore interpretazione della L. 17 da noi già difesa nel volume precedente del *Commentario* a pag. 537 essa è però da riferirsi ad un caso nel quale era bensì preterito un *filius suus*, ma gli eredi intestati aventi pari diritti a lui erano stati istituiti; e per ciò essi ricevevano tutto come eredi, nessuno facendo ostacolo al loro diritto di eredità. Concorda sostanzialmente in questa interpretazione anche il FRICKE, *Diss.* cit. § 9.

16) L. 1 Cod. *de lib. et post.*, 6, 29.

17) Un'applicazione strettamente logica della differenza fra testamenti nulli

Il riconoscimento di un testamento non formale può avvenire senza alcun dubbio anche tacitamente, perchè tale dichiarazione non è legata a nessuna forma determinata. *Recusari hereditas non tantum verbis sed etiam re potest et alio quovis iudicio voluntatis* dice PAOLO [18]) e questa regola si può applicare qui senza dubbio, perchè il riconoscimento di un simile testamento per parte dell'erede intestato non produce convalidazione di esso, ma è piuttosto una valida rinuncia all'eredità a favore degli eredi testamentarii. Per conseguenza l'accettazione di un legato fatto nel testamento si dovrebbe considerare come una valida rinuncia nel modo stesso che essa per espresse dichiarazioni delle parti si considera rinuncia al diritto d'impugnare un testamento colla *bonorum possessio contra tabulas* o colla querela d'inofficioso [19]). Tuttavia in un altro testo di PAOLO è detto:

---

e testamenti rescindibili porta alla conseguenza che la rinuncia dell'erede intestato nel primo caso obbliga l'erede scritto verso i creditori ereditarii alla pari di un compratore dell'eredità (L. 2 C. *de her. vel actione vendita*, 4, 39), nel secondo invece i creditori debbono rivolgersi prima e dopo contro l'erede testamentario. E pei legatarii? Qui non si può invocare l'analogia colla vendita di una eredità onerata di legati per la ragione che ai debiti è tenuto anche l'erede intestato, mentre al pagamento dei legati in base a un testamento ingiusto non è tenuto affatto. Si potrebbe dire che poichè egli colla rinuncia trasmette all'erede testamentario il diritto suo proprio cadono anche i legati. Ma quando l'erede intestato accetta il testamento in ogni sua parte questa ricognizione deve giovare ai legatarii non meno che all'erede istituito e quelli hanno diritto di pretendere i legati come debiti dell'eredità. Se però l'erede intestato dichiarasse di rinunciare soltanto a favore dell'erede testamentario e di voler trasmettere a questo ogni suo diritto, dovrebbe sempre esser permessa ai legatarii la prova della validità del testamento. Arg. L. 3 D. *de transact.*, 2, 15: « Privatis pactionibus non dubium est non laedi ius caeterorum ». Vedi anche la trattazione in fine di questo paragrafo sugli effetti di una transazione fra l'erede legittimo e il testamentario.

18) L. 95 D. *de adq. vel om. hered.*, 29, 2. Questo testo si trova anche nelle *Sententiae receptae* di PAOLO, IV, 4, 1. Il CUIACIO nelle note a PAOLO richiama qui la distinzione fra *recusare* e *repudiare hereditatem*. Che la *repudiatio* dovesse avvenire *in iure*, com'egli afferma, non è facile a provarsi (vedi SCHULTING nota al citato testo di PAOLO, *Jurispr. anteiust.*, pag. 393), ma la differenza dei concetti non deve qui trascurarsi. L'erede legittimo non si spoglia propriamente dell'eredità (*hereditatem non repudiat*), soltanto rinuncia ai vantaggi di essa a favore di un altro. Confr. ciò che è detto sull'argomento sulla fine di questo paragrafo.

19) L. 8 § 10, L. 12 § 2, L. 31 § 3, L. 32 § 1 D. *de inoff. test.* 5, 2. L. 3 in f., L. 14 pr. D. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4.

« Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, *sed et non jure factum contendere;* inofficiosum autem dicere non permittitur » [20]).

Egli non può aver voluto dire con queste parole che l'accettazione di un legato non impedisca mai agli eredi testamentarii di far valere il loro diritto contro il testamento ingiusto, perchè quando l'erede intestato sa che il testamento non vale e che egli è l'erede legittimo prossimo, egli non può manifestare il suo consenso alla disposizione di ultima volontà in modo più evidente che coll'accettazione del legato colla quale sarebbe in evidente contradizione il far valere poi il proprio diritto di eredità intestata [21]). In fatto poi tutti sono d'accordo nel ritenere che qui deve supporsi un errore dell'erede intestato. Ma neppure la querela d'inofficioso testamento è esclusa per un'accettazione del legato fatta per errore [22]); in che dunque consiste qui la differenza fra il testamento ingiusto e il testamento inofficioso? A dire il vero una differenza essenziale non v'è. Se noi avessimo il testo di PAOLO completo troveremmo probabilmente che il giureconsulto partiva dal principio che colui il quale accetta o adempie un legato per errore non può più revocare il suo atto [23]). Ora egli conclude: se l'erede necessario accetta un legato lasciatogli in un testamento inofficioso o non è in errore o il suo può essere soltanto un errore di diritto, mentre nel testamento ingiusto o falso è concepibilissimo un errore di fatto dell'erede legittimo. Questi, per esempio, sa soltanto che esiste un testamento nel quale gli è stato lasciato un legato, non dubita della validità formale o della verità di esso e solo dopo che ha accettato il legato viene a sapere il contrario. L'erede necessario invece deve sapere che non è stato tenuto in considerazione nel testamento, altrimenti non è neppur concepibile che egli agisca come semplice legatario; l'errore circa la sua facoltà di impugnare colla querela un simile

---

20) L. 5 pr. D. *de his quae ut indign. aufer.* (34, 9).

21) Riguardo al testamento falso, che è trattato qui nello stesso modo che l'*iniustum,* ciò è riconosciuto assai chiaramente anche in L. 3 Dig. *ad legem Corn. de falsis,* 48, 10, L. 30 Cod. *eod.* 9, 22.

22) Vedi pag. 305 del volume precedente.

23) L. 9 § 5 Dig. *de iuris et facti ignor.,* 22, 6. Vedi infra note 39, 40.

testamento non può essere dunque che un errore di diritto. Anche lo scoliaste dei Basilici ritiene che questa sia l'argomentazione di PAOLO [24]), nè si possono fare obbiezioni serie contro l'esattezza di questa argomentazione quando si parta dal presupposto vero nella maggior parte dei casi che all'erede necessario non sia disconosciuto il suo rapporto personale col testatore. Evidentemente infatti questo presuppone il giureconsulto. Se si ammettesse il contrario anche la querela d'inofficioso testamento non potrebbe negarsi a quello che ha accettato un legato in base al testamento (nota 22) ond'è che la regola *post legatum acceptum inofficiosum dicere testamentum non permittitur* non è certamente giusta nella sua generalità [25]).

Un'altra questione è se l'erede legittimo perda il suo legato e sia quindi obbligato a restituirlo, oppure perda il diritto di chiederlo quando impugni il testamento come ingiusto e perda la lite. Su ciò così si esprime PAOLO nel testo citato [26]):

« Ille, qui non iure factum contendit, nec obtinuit, non repellitur ab eo, quod meruit. Ergo qui legatum secutus [27]) postea falsum dixit, amittere debebit, quod consecutus est. De eo vero, qui legatum accepit, si neget, iure factum esse testamentum, Divus Pius ita rescripsit: *Cognati Sophronis licet ab herede instituto acceperant legata, tamen si is eius condicionis fuerit visus, ut obtinere hereditatem non possit* [28]), *et iure intestati ad eos cognatos pertineat, petere hereditatem ipso iure poterunt. Prohibendi autem sint, an non, ex cuiusque persona, condicione, aetate cognita causa a iudice constituendum erit* » [28 a]).

---

24) *Basilici,* LX, 42, ediz. FABROT, VII, pag. 754, sch. *p.*

25) Vedi la Glossa *acceptum* ad L. 5 pr. Dig. *de his quae ut indignis,* 34, 9.

26) L. 5 § 1 D. *de his quae ut indign.*, 34, 9.

27) La variante *consecutus* in luogo di *secutus* riposa probabilmente su una semplice congettura, non necessaria però, perchè *sequi legatum* significa accettare il legato secondo la disposizione testamentaria. Vedi CANNEGIETER, *Ad Ulp. fragm.*, XX, 9.

28) Il POTHIER, *Pand. just.*, t. II, *Praetermissa et supplenda,* pag. 715, ad tit. *de his quae ut indignis,* n. XV, adduce a queste parole il seguente esempio molto adatto: « Finge servum proprium testatoris, qui liber credebatur, ex asse institutum sine libertate ».

28 a) Le parole *prohibendi, etc.*, che senza dubbio appartengono al rescritto,

Nel proemio PAOLO espone il principio che colui che abbia fatto invano il tentativo di annullare il testamento come ingiusto possa chiedere nonostante un legato in base ad esso. Lo stesso dice PAPINIANO [29]) in un altro testo dello stesso titolo dandone come motivo *quoniam de iure disputavit* (*filius*), *non iudicium impugnavit* (*patris*), vale a dire perchè egli affermò soltanto l'esistenza di un difetto di forma [30]), ma non impugnò la volontà del padre [31]). PAPINIANO stabilisce così una distinzione fra i casi nei quali il testamento è impugnato come falso o alterato (*falsum*) e quelli nei quali è impugnato come ingiusto. Chi è respinto nel primo caso perde il legato [32]), chi sostiene soltanto la mancanza di forma nel testamento può chiedere il legato anche se il testamento è stato riconosciuto valido; soltanto se egli l'abbia già ottenuto prima di intentare l'azione deve, secondo le circostanze del caso e della persona, essere determinato se il legato debba essere restituito o meno [33]). Il motivo di questa differenza è il seguente: quando alcuno accetta un legato in base ad un testamento viene così ad accettare anche il testamento: se poi egli vuole impugnare questo come *iniustum*, lo può fare benissimo, ma si ha tutto il diritto di pretendere che egli lo faccia dopo avere accuratamente pesato le circostanze di fatto e le ragioni di diritto. Se dunque avviene che la validità del testa-

---

in molte edizioni, e in particolare in quella dei fratelli KRIEGEL, ne sono invece separate. Per quanto sia cosa opportuna stampare con caratteri speciali le parole degli editti, rescritti e simili sarebbe però meglio farne a meno quando l'editore non può esser sicuro del fatto suo, perchè ciò può dare origine ai più gravi errori d'interpretazione.

29) L. 24 D. *de his quae ut indign.*, 34, 9.

30) Sull'espressione *de iure disputare*, cioè impugnare un testamento per un difetto di forma, vedi il § 1 di questo *Commentario*, n. 13 nota 29 (vol. I, pag. 10 nell'originale tedesco).

31) Vedi BRISSONIO, v. *iudicium*, § 4.

32) L. 8 C. *de his quib. ut indign.* (6, 35).

33) *Scholia Basilicorum*, t. VII, pag. 754 scol. *r*, che così suona nella traduzione del FABROT: « Puta an mulier, vel miles, vel rusticus, vel minor vigenti quinque annis sit is, qui legatum accepit ». Qui sono enumerate le persone alle quali è perdonata l'ignoranza di diritto. Difficilmente però si può ammettere che secondo l'opinione dei giureconsulti fossero esclusi altri motivi di equità, per esempio un errore scusabilissimo dell'erede legittimo.

mento sia stata da lui contrastata senza motivo, ciò dimostra un così alto grado di trascuranza e di mancanza di riguardo alla volontà di colui che lo voleva beneficare da meritare di essere trattato come un caso di indegnità nel senso romano. Solo eccezionalmente quando l'erede intestato appartenga alla categoria di quelle persone alle quali si perdona la leggerezza o l'ignoranza del diritto il legato può essergli lasciato, e per questo deve decidersi soltanto *causa cognita*. Per tal modo le parole *prohibendi autem sint an non* devono riferirsi all'esclusione dei legati e in questo senso infatti le intendono anche i Basilici [34]). Il Cuiacio invece parte dal concetto che l'erede intestato, il quale impugni il testamento com *iniustum*, conserva sempre il legato, e per ciò vuole riferire il *prohibere* alla petizione di eredità *ex causa iniusti testamenti* [35]). Ma con questa interpretazione manca il nesso nell'esposizione, mentre invece questo si riscontra meglio quando si scinda il testo di Paolo nei seguenti concetti:

a) chi ha ricevuto un legato può sempre impugnare il testamento come falso o ingiusto;

b) il fatto di essere stati respinti nel giudizio di petizione di eredità *ex causa iniusti testamenti* non ha per effetto la perdita del legato, come avviene sempre quando il legatario impugna il testamento come falso o alterato;

c) anche in tal caso la perdita però può avvenire se l'attore abbia ricevuto il legato prima di intentare l'azione. Ond'è che l'imperatore Antonino Pio rescrisse che la petizione di eredità si possa intentare anche dopo ricevuti i legati, e che debba determinarsi poi secondo le circostanze se l'attore possa, in caso di perdita, trattenere i legati. Non si può negare che, secondo tale spiegazione, le parole *prohibendi sint etc.*, non possono collegarsi al periodo imme-

---

34) XL, 42, t. VII, pag. 745, ov'è detto brevemente: «Chi impugna il testamento come falso perde il legato, se invece egli afferma che il testamento sia ingiusto spetta al giudice di determinare nel suo arbitrio se egli possa o no ritenere il legato.

35) Ad L. 5 § 1 D. *de his quae ut indign.* (opp. t. VII, pag. 1483, 1484 ed. Neapol.).

diatamente precedente che parla della petizione d'eredità [36]); PAOLO però non trattava nel § 1 la questione se la petizione di eredità si potesse intentare *post acceptum legatum*; di questa si era già trattato nel principio della legge; la questione qui trattata era invece se l'attore potesse trattenere il legato. Ma, si accolga questa interpretazione o piuttosto quella del CUIACIO, si hanno sempre sufficienti motivi per respingere le correzioni proposte da JENSIUS [37]), e CANNEGIETER [38]), di cancellare cioè il *non* davanti a *repellitur* nel principio del § 1 o di cangiarlo in *modo*, di maniera che il giureconsulto verrebbe così a dire che anche colui il quale sia respinto nella petizione d'eredità *ex causa iniusti testamenti* perda sempre il legato. Ch'io sappia non si possono invocare autorità di manoscritti in proposito, e l'argomento che sopra tutti fa valere il JENSIUS, il fatto cioè che anche a colui *qui falsum dixerit testamentum, nec obtinuerit* sia negato il legato e non vi sia differenza alcuna tra l'azione *ex causa iniusti* e l'azione *ex causa falsi testamenti*, è facilmente confutabile. Intentare un'azione infondata per questo secondo motivo è cosa più odiosa che intentarne una infondata pel primo, e inoltre in altri testi è detto abbastanza chiaramente che l'impugnazione del testamento come ingiusto non annulla il legato (nota 29).

Si considera ricognizione del testamento anche il fatto che l'erede intestato adempia la volontà del testatore, cioè rilasci all'erede testamentario o ai legatari l'eredità o i legati; egli non può ripetere in ogni caso ciò che abbia prestato per tali titoli se non quando ciò sia la conseguenza di un errore di fatto. In caso diverso è indifferente se egli si ritenesse in coscienza obbligato alla prestazione, o se avesse voluto compiere una pura liberalità o se fosse stato ad essa indotto da errore di diritto [39]). I romani considerarono infatti sempre l'adempimento delle disposizioni di ultima volontà come un obbligo di

---

36) La Glossa *nec obtinuit* a questo testo vuol riferire le parole *prohibendi, etc.* tanto all'azione di eredità quanto ai legati.

37) JENSIUS, *Ad Iustiniani Codicem ac Pandectas stricturae*, Rotterdam 1749, pag. 309 seg.

38) CANNEGIETER, *Ad Ulp. fram.* XX, 9.

39) L. 2 C. *de fideic.* (6, 42) e arg. L. 2 C. *si adv. solut.* (2, 33) e L. 7 C. *de cond. ind.* (4, 5), L. 9 in f. Cod. *ad leg. Falc.* (6, 50).

coscienza per l'erede parificandolo alle obbligazioni naturali, con questa sola differenza che l'errore di diritto importava le solite conseguenze giuridiche, dava luogo cioè alla *condictio indebiti* per l'erede testamentario [40]). Le fonti considerano a dir vero soltanto casi nei quali un erede testamentario o legittimo abbia adempiuto una clausola codicillare ordinata invalidamente, ma il principio sul quale le decisioni particolari si fondano è espresso in modo così generale [41]) che non si può fare a meno di riferirlo anche al caso che un erede intestato trovandosi nel possesso dei beni ereditari si ritenga obbligato a restituirli a un erede che sia stato istituito in un testamento ingiusto [42]). Potrebbe parere che simile resti-

---

40) Vedi la mia dissertazione sulla *Juris et facti ignorantia* nell'*Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. II, diss. 35, pag. 393 seg.

41) L. 2 C. *de fideic.*, 6, 42: « cum non ex ea scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satis factum esse videatur ».

42) Contro la generalità di questo principio si potrebbe forse invocare la L. 4 Cod. *de iuris et facti ignor.*, 1, 18 nella quale gli imperatori Diocleziano e Massimiano così rescrivono:

« Si post divisionem factam testamenti vitium in lucem emerserit, ex his, quae per ignorantiam confecta sunt, praeiudicium tibi non comparabitur. Ostende igitur hoc apud Correctorem V. C., testamentum vel fide veri deficere, vel iuris ratione stare non posse, ut infirmata scriptura, quae testamenti vice prolata est, solidam successionem obtinere ».

L'erede legittimo prossimo era stato istituito in un testamento invalido insieme con uno che non aveva diritto di eredità legittima e aveva diviso l'eredità con questo in conformità del testamento; in seguito essendo apparso che il testamento era viziato da difetti essenziali egli volle far uso del suo diritto di eredità legittima, e gli imperatori glielo accordarono. Così è interpretato il testo anche nei *Basilici*, II, 4, 13, ed. Heimbach, t. I, pag. 84. Ma qui si tratta in primo luogo di un errore semplicemente di fatto, è solo dopo avvenuta la divisione che si scopre la nullità del testamento; in secondo luogo si può anche osservare che la qualità nella quale alcuno imprende un atto per sè non obbligatorio deve esistere effettivamente. Se l'erede intestato espressamente o tacitamente riconosce per valido un testamento giuridicamente inesistente, egli agisce indubbiamente nella qualità, che egli ha, di erede legittimo e il suo atto è giuridicamente valido. Nella divisione in questione invece colui al quale il rescritto è diretto aveva agito come erede testamentario e questa qualità egli non aveva perchè non vi era alcun testamento giuridicamente esistente. Quando un erede testamentario presuntivo adempie i legati egli fa un atto nullo (L. 2 § 1, L. 3 Dig. *de cond. ind.*, 12, 6), parimente quando alcuno concede dei diritti nell'opinione di essere erede testamentario, ciò non può nuocere alla sua qualità di erede intestato. L. 17 § 1 D. *adq. vel om. her.*, 29, 2.

tuzione non potesse considerarsi come una trasmissione del diritto dell'erede legittimo fatta da questo all'erede testamentario, per la ragione che questi, specialmente quando sia spinto all'atto da un errore di diritto, non crede d'avere alcun diritto sull'eredità e ritenendo invece valido il testamento agisce come un semplice possessore e non può quindi trasmettere il proprio diritto all'erede istituito. Ma l'intenzione dell'erede legittimo non ha su questo negozio alcuna importanza. Chi è chiamato all'eredità per testamento o per legge e compie atti ai quali non può essere autorizzato che dalla sua qualità di erede, e fra questi sono senza dubbio le disposizioni sull'eredità, deve essere considerato come erede, salvo che non si sia garantito con una protesta fatta nel compimento dell'atto stesso [43]), protesta che però non sarebbe nel caso presente valsa perchè sarebbe stata una *protestatio facto contraria*. S'egli non vuole interessarsi affatto dell'eredità e liberarsi da pretese che possano intentarsi contro di lui come erede egli deve dichiarare che rinuncia all'eredità intestata, fare cioè una vera *repudiatio hereditatis*, trasferendo così il proprio diritto all'erede intestato successivo, il quale dovrà, se non voglia riconoscere i diritti dell'erede testamentario, intentare contro di lui la petizione d'eredità *ex causa iniusti testamenti*.

Non deve scambiarsi con ciò che si è detto fin qui sul riconoscimento del testamento e sulla rinuncia degli eredi intestati il caso di transazione fatta fra l'erede legittimo e l'erede testamentario sul testamento, sebbene essa abbia, sotto alcuni riguardi, i medesimi effetti. Quando l'erede intestato riconosce il testamento perchè vi si ritiene obbligato, oppure rilascia per semplice generosità l'eredità all'erede testamentario, non si può dire propriamente che egli abbia transatto, perchè una transazione suppone sempre una pretesa dubbia almeno subiettivamente nel suo fondamento o nei suoi effetti [44]).

---

43) È detto bensì nelle fonti (L. 20 pr. D. *de adq. vel om. her.*, 29, 2) che il *pro herede gerere non tam facti quam animi est*, ma questo *animus* deve tuttavia desumersi da qualche atto, se non v'è una protesta esplicita, L. 20, L. 86 § 2 D. *eod.*, L. 2 Cod. *de iure delib.*, la quale pure naturalmente non deve essere esclusa dalla natura o qualità dell'atto stesso. Degli effetti dell'immischiarsi nell'eredità si dirà più ampiamente appresso al § 1492.

44) L. 1 D. *de transactionib.* (2, 15): « Qui transigit, quasi de re dubia et

Se anche uno dei transigenti creda di fare un grande sacrificio, egli agisce tuttavia sempre nel proprio interesse, non vuol fare una liberalità, ma cerca invece di evitare un danno. Se noi consideriamo ora il nostro argomento, anche indipendentemente dalle disposizioni delle fonti, bisogna distinguere i casi nei quali l'azione tenderebbe a rescindere soltanto il testamento da quelli nei quali si pretende che il testamento non sia mai esistito o sia stato distrutto *ipso iure* prima ancora che l'azione fosse intentata. Nel primo caso l'erede intestato dichiara coll'atto di transazione di voler rinunciare ad intentare l'azione di rescissione e l'istituito rimane così erede. Il contenuto materiale della transazione non ha qui alcuna importanza. Anche se l'erede testamentario rilasci l'intero asse testamentario all'erede legittimo non può nascere rapporto diverso da quello che nascerebbe se quest'ultimo avesse rinunciato a favore dell'erede istituito nel caso di testamento nullo. Solo per effetto di una sentenza del giudice, la quale dichiari che il testatore non poteva testare in quel modo, può cessare il diritto dell'erede testamentario e sottentrare quello dell'erede istituito, ma ciò non può mai avvenire per accordo privato; la transazione adunque ha sempre in questo caso gli stessi effetti della rinuncia (vedi n. 17). Diversamente vanno le cose nel caso del testamento nullo. Nel testamento rescindibile è sempre sicuro chi sia l'erede; finchè la rescissione non avviene è l'istituito, tanto se il diritto degli eredi intestati sia dubbio quanto se sia incontrastato. Ma se da un lato si sostiene la nullità del testamento, dall'altro questa si nega, di sicuro non vi è che le due contrarie affermazioni. Quale influenza può avere su ciò una transazione? Direttamente, nessuna, perchè la privata convenzione non può nè trasformare un testamento nullo in uno valido, nè annullare la qualità di un erede e trasferirla in un altro [45]). Tuttavia le transazioni su tali testamenti non possono essere vietate, occorre

---

lite incerta neque finita transigit, qui vero paciscitur, donationis causa rem certam et indubitatam liberalitate remittit ».

Vedi § 345 del *Commentario*, vol. V, pag. 3 seg. dell'originale tedesco. Confr. anche nota 48.

45) C. U. Grupen, *Disceptationes forenses*, pag. 360 seg. e specialmente pag. 409 n. 2.

dunque una qualche norma, la quale regoli il rapporto giuridico dei terzi non transigenti. Qui è possibile seguire tre vie diverse: o si può considerare il testamento come valido, o come nullo, o infine si possono considerare i transigenti come coeredi. La prima via è la più logica, perchè nel dubbio si deve sempre presumere la validità delle disposizioni di ultima volontà [46]) e il principio che un testamento deve essere considerato valido finchè il contrario non sia provato deve valere anche pei testamenti nulli, perocchè esso non è che l'applicazione di una regola più generale, quella per la quale uno stato di fatto esistente si deve considerare come uno stato di diritto e tutelare finchè non sia provata la illegittimità di esso [47]). La seconda possibilità non ha nella circostanza da noi supposta, che cioè il diritto del testamento sia veramente dubbio e contrastato, alcun fondamento. Solo quando la transazione avvenga dopo che è stato riconosciuto il diritto dell'erede necessario (questi cioè per cagione delle difficoltà del patrimonio ereditario o per le difficoltà dei computi rispettivi o per timore di liti coi legatarii abbandoni all'erede testamentario tutta l'eredità a condizione che egli se ne assuma l'attivo e il passivo, e venga così a disporre di un diritto non dubbio) egli può essere considerato come l'erede nel senso giuridico [48]). Ma questo non è il caso del quale noi ci occupiamo e perciò non ci resta che esaminare la terza soluzione e con-

---

[46]) L. 10 pr. D. *de inoff. test.*, 5, 2.

[47]) L. 2, L. 21 D. *de prob.*, 22, 5, L. 4 in f. Cod. *de edendo*, 2, 1. Anche la dichiarazione di nullità deve sempre ottenersi mediante un'azione giudiziaria (vedi pag. 781 del volume precedente), onde è sempre applicabile la regola generale di procedura « *actore non probante reus absolvitur* ».

[48]) Questa è sempre una transazione non solo secondo i concetti della vita ordinaria, e l'uso comune del linguaggio, ma anche in senso giuridico perchè per effetto del testamento l'erede necessario e l'erede istituito sono contrapposti come due avversarii, nè il primo cede perchè sia persuaso dei diritti dell'altro e per usare una liberalità, ma solo per evitare i danni che egli potrebbe avere da una accettazione dell'eredità. Parimente si ha una vera transazione anche quando il creditore di un debitore insolvente stipula con lui un contratto di remissione di debiti non discutibili, perchè preferisce il certo all'incerto. In questo senso è usata la parola transazione anche al § 1421 *b* nel volume precedente, come appare dal contesto del discorso.

siderare se il trattare i transigenti come coeredi si concilii col presupposto di una transazione sopra un testamento sulla validità del quale si disputa. Per questa soluzione si può addurre l'argomento che nessuno dei diritti pretesi è provato, quindi nessuno può prevalere sull'altro e deve quindi applicarsi il principio della divisione di diritti divisibili ugualmente fondati [48 a]). Tuttavia la soluzione che merita la preferenza è la prima, perchè essa concorda meglio coi principii generali di diritto, benchè però nelle nostre fonti sia accolta la terza e la prima invece sia accolta solo riguardo ai testamenti rescindibili mediante azione. È ciò che dobbiamo provare.

Nella l. 29, § 2, D. *de inofficioso testamento*, 5, 2 è detto che se il querelante transiga coll'erede testamentario *tamen testamentum in suo iure manet et ideo datae in eo libertates atque legata suam habent potestatem* [49]). Qui si parla soltanto del rapporto coi legatarii, non di quello coi creditori, ma è detto in modo generale, che il testamento resta in vigore e da ciò segue che anche i legati debbono essere mantenuti in vigore. Nello stesso senso anche SCEVOLA dice nel libro primo dei suoi Digesti [50]):

« Imperatores ANTONINUS et VERUS ita rescripserunt: Privatis pactionibus non dubium est, non laedi jus ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri potest, neqae manumissis et legatariis actiones suae ademtae. Quare, quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam iniuriam referre » [51]).

---

48 a) Arg. L. 1 § 6 D. *de bon. poss. sec. tab.* (37, 11); L. 33 D. *de leg.* 1. Vedi anche L. 4 § 1 D. *si cui plus, quam per Legem Falcid. licuerit* (35, 3): « Si duo ex testamento hereditatem in solidum sibi vindicent, forte quod eiusdem nominis sint, tam in possessorem quam in petitorem competunt actiones et creditoribus et legatariis » (v. sotto nota 70).

49) Confr. pag. 255 del volume precedente.

50) L. 3 pr. D. *de transactionib.* (2, 15).

51) Le parole finali *qui in transactione... ad alienam iniuriam referre* hanno il senso seguente: l'erede istituito può essere sempre convenuto dai legatarii, abbia egli o no ottenuto cauzione dalla madre del testatore per l'assunzione

Non si può dubitare che qui non si tratti di un testamento ingiusto [52]); al tempo dei giuristi delle Pandette però una madre non poteva come erede necessaria intentare alcuna azione di nullità, ma soltanto la querela d'inofficioso testamento.

Da un testo però sembra risultare che, almeno secondo l'opinione di alcuni giureconsulti, la transazione fra l'erede testamentario e il querelante avesse per effetto di far passare il diritto di eredità a quest'ultimo, obbligando così i legatarii a rivolgersi contro di lui. È questa la l. 5, § 3, 4 D. *de appellat.*, 49, 1, nella quale è concesso ai legatarii di far valere i loro diritti mediante appello quando la transazione sia stata conclusa in frode di loro. Un esame dell'insieme del testo mostra subito però che esso non contiene nulla di contrario alla citata l. 29, § 2, Dig. *de inofficioso testamento* 5, 2. Nei precedenti §§ 1, 2 è detto che se la querela sia intentata contro gli eredi testamentari, i legatarii possono appellare nell'interesse proprio e che il loro diritto non può essere escluso neppure da una transazione avvenuta fra le parti per collusione: una sentenza valida vale invece anche contro di loro [53]), onde l'equità vuole che essi siano garantiti in questo riguardo contro la frode.

Ad una transazione su un testamento impugnato come nullo (*iniustum* o *irritum*) deve riferirsi un testo tratto dal libro secondo dei responsi di Scevola [54]). Esso è già stato interpretato, e in sostanza esattamente, in un altro luogo del *Commentario* [55]).

Ma poichè ivi non si è avuto sufficiente riguardo ai punti che qui

---

dell'onere dei legati; perocchè se ciò non abbia fatto, il danno lo sopporta lui e non i terzi sul diritto dei quali egli non poteva transigere. Vedi lo sch. *l* dell'Anonimo e di Cirillo ad *Bas.* XI, 2, 3 pr.

[52]) Ciò è provato, oltre che dall'espressione *testamentum rescissum*, dal fatto che l'erede testamentario è designato qui senz'altro come *heres* (non è detto per esempio *heres scriptus*) e indirettamente dalla L. 14 Dig. *de trans.*, 2, 15. Infine lo attestano anche espressamente gli Scolii dei *Basilici* citati alla nota 51. Vedi anche la spiegazione di questo testo in Huber, *Eunomia Romana* ad lib. II, *Pand.*, pag. 124 § 5.

[53]) L. 8 § 16 Dig. *de inoff. test*, 5, 2. — Keller, *Ueber Litiscontestation und Urtheil* (Sulla contestazione della lite e la sentenza), pag. 391 n. *c*.

[54]) L. 14 Dig. *de trans.* 2, 15.

[55]) § 355, vol. V, pag. 83 seg. n. *c* dell'edizione tedesca.

c'interessano sopratutto, nè alle diverse opinioni degl'interpreti, dobbiamo ancora dedicarvi un po' della nostra attenzione.

« Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione certa lege finita est; quaero, creditores quem convenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent[56]), si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque transactione expresserit, utilibus conveniendus est ».

Di solito si riferisce questo testo allo stesso caso che SCEVOLA tratta nella L. 3 Dig. *eod.*, o meglio non si distingue in generale fra testamento nullo e testamento rescindibile, sottintendendosi che nell'un caso e nell'altro la transazione abbia sempre gli stessi effetti giuridici di fronte ai terzi. Taluni però per esimere SCEVOLA dal rimprovero di incertezza o contradittorietà nelle sue opinioni attribuiscono una particolare importanza al fatto che nella l. 3 si parli di legatarii e in questa legge di creditori [57]). Gli argomenti migliori che si possano addurre per provare che i due casi vanno invece trattati diversamente si trovano secondo me nel FABRO [58]), il quale osserva molto giustamente che la L. 3 parla di un testamento inofficioso e la L. 14 di un testamento nullo, ma è poi di opi-

---

56) I più degli editori credono, e con ragione, che qui sia caduta qualche cosa. SCEVOLA infatti vuol dire che se coloro che accampano una pretesa all'eredità siano anche creditori e transigano sull'eredità, si applica solo il contenuto della transazione (così anche i *Basilici,* XI, 2, 14), se invece i creditori siano altri gli eredi transigenti saranno convenuti come debitori. Sui diversi tentativi di completamento fondati su autorità varie di manoscritti vedi nota 100 nell'ediz. GEBAUER SPANGENBERG, ad h. l. — HUBER, *Eunomia romana* ad h. l., pag. 123, § 1, 2. — NEUHAUS ad BEST, *Ratio emendandi leges,* cap. 4 § 1 nota * e GLÜCK, loc. cit. nota 31. Quest'ultimo del resto è d'accordo col VOORDA nel non ritener necessario alcun mutamento della lezione fiorentina, perchè *si... si* può stare secondo lui per *sive... sive,* come appunto correggono molti e con maggior ragione, a mio parere. Vedi WESTENBERG, *Divus Marcus,* Diss. III, cap. 2 § 3. Il van de WATER, obs. I, pag. 8 è d'opinione che il periodo contenga parole superflue. Vedi la nota 69 infra e il testo ivi.

57) GLOSSA ACCURSII, *Pro parte hereditatis* ad h. l. Nella Glossa di ACCURSIO si trovano però riferite quasi tutte le opinioni testè menzionate. WESTENBERG, *Diss.* cit. § 11, 12 in parte e U. HUBERO: Vedi infra nota 61.

58) FABRO A., *Rationalia in Pandectas,* h. l. interpr., pag. 293 seg.

nione che i legatarii anche nel caso di transazione su un testamento impugnato come nullo possano agire soltanto contro l'erede istituito, quando possano provare però l'esistenza di un testamento valido [59]). Gli argomenti del FABRO sono i seguenti: I creditori possono far valere le loro pretese così contro l'erede legittimo come contro il testamentario, i legati invece dipendono solo dal testamento e quindi non possono essere domandati che a condizione di essere stati ordinati in una disposizione di ultima volontà valida e da quello al quale sono stati imposti. I creditori non hanno neppur un'azione diretta, perchè l'azione loro ha luogo soltanto contro gli eredi veri testamentarii o legittimi. L'eredità può esser qui tanto testamentaria quanto legittima, benchè i due modi di delazione non possano a rigor di diritto coesistere. I creditori tuttavia possono sempre agire contro il titolare dell'eredità come tale, i legatarii invece possono aver azione soltanto contro l'erede istituito, onde essi hanno un'azione diretta o non ne hanno alcuna [60]).

La concessione ai legatari di un diritto di credito contro gli eredi intestati è un'anomalia, ma non è cosa inaudita nel diritto romano, anche senza che per l'aggiunta della clausola codicillare si finga che gli eredi intestati siano stati istituiti e gravati dal testatore dell'onere dei legati [61]). Evidentemente SCEVOLA parte dal concetto che per l'incertezza della eredità (*propter incertum successionis*) anche le obbligazioni ereditarie devono esser divise fra i transigenti, ben inteso in relazione alla parte spettante a ciascuno sul patrimonio ereditario. I creditori sono qui nominati soltanto, ma SCEVOLA non vuol qui esporre una teoria generale, bensì dà semplicemente parere su un caso pratico a lui presentato. Il principio che i creditori possano

---

59) Il FABRO ritiene necessaria questa prova per la ragione che l'erede istituito ha ottenuto la sua parte d'eredità non per testamento, ma per transazione. Vedi in contrario l'osservazione che seguirà più oltre nel testo.

60) « Necesse est, ut legatarii vel directam actionem habeant, vel nullam. Directam habere non possunt, cum successionis ius praesens incertum est; *ergo nullam* ». Così conclude il FABRO.

61) Qui è da ricordare soltanto che talvolta anche i legati lasciati in un testamento soggetto alla querela d'inofficioso restavano in vigore, specialmente per la Nov. 115. Vedi sopra pag. 253 seg. del volume precedente.

far valere il loro diritto contro qualunque erede, i legatarii solo contro l'erede testamentario, non può dar luogo a una differenza essenziale, perchè in questo caso fu abbandonato il principio di stretto diritto e ammesso invece che i creditori debbano per l'incertezza sulla persona dell'erede potersi rivolgere ad ambedue. Ma poichè una simile incertezza vi ha anche nel riguardo dei legatarii la conseguenza vuole che anche a questi si conceda il medesimo diritto contro ambedue, restando impregiudicato chi sia l'erede [62]). Se poi questa incertezza si vuol far valere invece a danno dei legatarii, conseguentemente non si deve dar loro azione nè contro l'istituito nè contro l'erede legittimo. Infatti il FABRO sostiene anche ciò (vedi nota 60); ad essi però dev'esser lecito di provare, indipendentemente dalla transazione che non li tocca, la validità del testamento contro gli eredi istituiti per ottenere così ciò che è stato loro lasciato nel testamento. Se non che per tal modo si arriva ad un risultato tutt'altro che naturale. In primo luogo nella stessa decisione di SCEVOLA noi troviamo il principio che dobbiamo considerare come regola generale vigente, e cioè che anche di fronte ai terzi non occorre ricercare chi sia il vero erede, ma i terzi non debbono per ciò risentire una perdita. Ma il giudice non deve spingersi solo sino a questo punto quando decide dell'azione dei legatari; anche allo stesso erede istituito, che abbia già difeso la validità del testamento contro l'erede testamentario, deve esser lecito di sostenerne la nullità di fronte ai legatarî!

Altri cercano una conciliazione della L. 3 e della L. 14 nell'ammettere che il primo testo parli del caso nel quale l'erede legittimo riceva per la transazione poco o nulla dell'asse ereditario [63]). Ma s'intende da sè che quando su un testamento del quale si è affermata la nullità si fa una transazione per la quale l'erede legittimo rilascia al testamentario tutta l'eredità (ciò che difficilmente avviene) non si può applicare il principio della divisione, perchè l'entità delle obbligazioni di ogni transigente si deve determinare secondo

---

62) Anche le azioni dei legatarii anzi erano considerate sotto certi riguardi come azioni ereditarie alla pari di quelle dei creditori. L. 40 D. *de obl. et act.*, 44. 7.

63) Vedi la Glossa di ACCURSIO, loc. cit.

la parte che a ciascuno è attribuita sulla massa. Se invece la transazione riguarda un testamento impugnato come inofficioso, l'erede istituito deve considerarsi sempre, giusta quanto fu sopra detto, come l'unico erede anche se non gli resti effettivamente nulla.

Secondo una terza opinione si deve distinguere se sia lasciata all'erede legittimo una parte dell'eredità o se fu dato al medesimo un compenso. In quest'ultimo caso l'erede testamentario è l'unico erede e a tal caso deve riferirsi la L. 3, nel primo invece anche l'erede intestato è obbligato come erede per la parte che ha ricevuto [64]). Se questo può avere una qualche importanza, questa opinione deve intendersi nel senso che nel primo caso sia trasmesso all'erede necessario un diritto di eredità, nel secondo caso invece soltanto una somma di danaro od un valore [65]). Non occorre tuttavia che noi spendiamo qui ancora parole per dimostrare che il diritto di eredità non può in genere essere oggetto di trasmissione mediante contratto; onde a ragione il NOODT si è pronunciato contro questa come contro tutte le altre opinioni fin qui esposte [66]). Quanto a lui, egli parte dal concetto che SCEVOLA abbia qui ed altrove risolta la stessa questione in modi diversi non per convinzione, ma per favore ai diversi consultatori [67]). Contro questo rimprovero di partigianeria e corruttibilità, che gli è stato mosso anche da altri [68]), SCEVOLA è stato difeso assai diffusamente da Giovanni van DE WATER [69]), il quale a sua volta propone ai lettori la scelta fra due interpretazioni. Secondo la prima le parole *si alii creditores essent* sono un semplice glossema, dovuto

---

64) ZASIO, *Paratitla ad Pandectas, tit. de transactionibus*, n. 14. — UBERO, *Praelectiones ad Pand.*, II, 15 § 12, *Eunomia Romana* ad h. l. n. 5 pag. 124 seg., cerca di collegare quest'opinione con quanto è detto sopra che la L. 3 parli soltanto del caso che legatarii e non creditori facessero valere il loro diritto e l'erede legittimo fosse stato soddisfatto con un correspettivo, non avesse già ricevuto una parte dell'eredità.

65) Così è intesa quest'opinione anche dal NOODT, *Probabilia*, II, 2 § 5.

66) *Probabilia iuris*, lib. II, cap. 2.

67) « Magis censeo, Scaevolam non ex animi sui sententia respondisse, sed, ut amico rem gratam acceptamque faceret, a iure certo longius quam oporteret recessisse »; lib. I § 2 (Opp. t. I, pag. 32 B).

68) Così specialmente dal CONNANO, *Comm. iuris civilis*, lib. VI, tit. 3 n. 9.

69) *Observationes iuris Romani*, lib I cap. 1, § 4 seg. UBERO, *Eunomia Romana*, ad h. l., n. 4 pag. 124.

alla mano di persona ignorante del diritto, onde il responso deve riferirsi al solo caso che i transigenti fossero per caso anche creditori del testatore. In tale ipotesi il credito dell'erede testamentario considerato come erede vero si sarebbe estinto per confusione, ma si potrebbe far valere contro l'erede legittimo come un credito novato per l'atto di transazione. Il credito dell'erede legittimo invece non si potrebbe considerare estinto per confusione, ma esso pure novato e quindi quegli potrebbe collo stesso fondamento agire contro l'erede testamentario. Lo stesso van DE WATER però sente quanto poco questa infelice spiegazione s'accordi colla questione qui proposta, contro chi possano agire i creditori (*creditores quem convenire possunt?*), perocchè essa suppone evidentemente che qui si parli anche di terze persone, e quanto poco anche col motivo della decisione *propter incertum successionis*, e dà perciò ancora una seconda spiegazione consistente nel ritenere la L. 14 interpolata da TRIBONIANO, il quale avea dinnanzi agli occhi la disposizione della L. ult. § 1 Cod. *de her. pet.*, per la quale il possessore dell'eredità può essere durante la lite sull'eredità stessa convenuto dai creditori, colla riserva della facoltà per lui di detrarre dalla eventuale restituzione dell'eredità all'avversario vincitore i debiti pagati [70]). Ma questa non solo è un'affermazione non provata, bensì i due testi differiscono anche fra loro per ciò che nella L. ult. Cod. cit. si suppone che debba venire una decisione della questione chi sia l'erede, nella L. 14 invece la lite fra l'erede testamentario e l'erede legittimo è stata pienamente composta per transazione, e perciò appunto la questione sul *ius successionis* deve rimanere indecisa per sempre. Trascuro altre interpretazioni [71]) e osservo sol-

70) Van de WATER, loc. cit., pag. 12 seg. Per ciò egli ritiene interpolata anche la L. 4 § 1 Dig. *si cui plus quam per legem Falc. licuerit* (vedi sopra nota 48). Anche altri seguono quest'opinione. Vedi POTHIER, *Pand. Iust.* ad h. l. t. II, pag. 522 nota 4. Del vero significato di questo testo e del suo rapporto con altre disposizioni, come ad esempio colla L. 62 § 1 Dig. *de her. inst.*, 28, 5, si potrà parlare soltanto in seguito al § 1442.

71) Confr. BEST, *Ratio emendandi leges*, cap. 4 § 1 seg. La sua opinione è che la L. 14 tratta di una transazione fra l'erede fiduciario e l'erede fedecommissario, ma non sa giustificare la sua opinione con argomenti migliori che l'osservazione che il primo è chiamato nelle fonti *scriptus heres*, il secondo deve chiamarsi *legitimus heres* a cagione della restituzione che a lui

tanto che ciò che il Noodt dice espressamente, non esservi alcuna differenza fra testamento nullo e testamento rescindibile, per la ragione che in tutti i casi c'è la stessa incertezza sul diritto di eredità [72]), è detto o presupposto anche più o meno tacitamente da altri. Ma questa premessa deve ritenersi falsa perchè la logica giuridica vuole che l'istituito in un testamento inofficioso si ritenga sempre il vero erede finchè la querela non sia stata intentata contro di lui o se sia stata respinta. In qualunque modo si intenda del resto la decisione di Scevola, essa non merita biasimo pel fatto che il caso nella L. 14 D. *de trans.* 2, 15 sia espresso in modo diverso che nella L. 3 *eod.*, perchè fra i due casi vi è differenza essenziale. Anche gli scolii dei *Basilici* [73]) fanno giustamente derivare da ciò la differenza delle due decisioni: nel caso della L. 14, ivi è detto, non si può pensare ad un testamento inofficioso come nella L. 3, ma a un testamento *non iure factum, falsum, ruptum*, in una parola ad un testamento nullo *ipso iure* [74]). Nel testamento inofficioso, si segue, l'erede è sempre certo perchè la querela è intentata contro un testamento valido, e il motivo addotto da Scevola, che i creditori possano agire contro ambedue *propter incertum successionis*, s'adatta solo ad una transazione su di un testamento del quale si sosteneva la nullità [75]). Che non ostante

---

spetta secondo il senatoconsulto Trebelliano! (§ 8). Le ragioni che ostano a questa strana interpretazione appaiono di per sè dalle espressioni e dal contenuto del testo. L'interpretazione di questo testo data dallo Schulting nella *Enarratio partis primae digestorum tit. de transactionibus*, § 17 è così indeterminata e incerta che si vede chiaramente che lo stesso autore non aveva idee chiare.

72) *Probabil. iur.*, II, 2, § 6.

73) Heimbach, tomo I, pag. 686 e segg. e scolii 1, 5. Poichè questi scolii sono tratti da fonti tanto diverse non può recar meraviglia che in essi si trovino anche alcune tracce di opinioni sopra rigettate: sch. 2, e sch. 5 in f. Nel primo è detto: « Forte frater meus defunctus reliquit honestum et inhonestum heredem ». Nell'altro: « Caeterum ibi de legatariis loquitur, hic autem de creditoribus. Sic enim Enantiophanes utrumque caput conciliat ». Si vede subito che i due testi derivano da due diversi autori. Confronta anche la prossima nota 75.

74) Per prova si adduce anche l'espressione generale *legitimus*, che si riferisce non soltanto agli eredi necessarii, ma a tutti gli eredi intestati. Vedi scolio 1.

75) Tutto ciò è svolto con grande chiarezza e visione esatta della natura

ciò il responso di SCEVOLA non meriti piena approvazione è cosa che appare da quanto abbiam detto poco sopra a pag. 98-99; qui tuttavia importava soltanto esporre e dichiarare la sua opinione [e]).

§ 1428.

II. *Del « testamentum ruptum » e in particolare, 1.° in conseguenza di un mutamento di volontà del testatore. Osservazioni introduttive.*

Un testamento è rotto o per mutamento di volontà del testatore o per agnazione di postumo (§ 1432). I moderni fondano su ciò la distinzione fra *test. vere ruptum* e *test. praesumtive ruptum* [76]), una distinzione non solo inutile, ma fondata anche su un presupposto che per moltissimi casi non risponde al vero, quello cioè che la rottura del testamento per agnazione di postumo riposi sulla presunta volontà del testatore. Se questo fosse il motivo di tale rottura gli eredi testamentarii dovrebbero essere ammessi a provare che il testatore non ebbe quella volontà, e se anche si volesse attribuire a questa presunzione la forza di una *praesumtio iuris et de iure*, si porrebbe sempre a base della regola un concetto logicamente falso perchè anche le presunzioni che danno luogo a una certezza giuridica

---

dei rapporti giuridici dei quali qui si tratta. Tuttavia gli avversari si slanciano contro di lui dandogli il titolo di *scholiasta graeculus* e simili predicati, i quali indicano il loro disprezzo (vedi per esempio UBERO, *Eunomia romana*, p. 125 n. 7), come avviene altrettanto ingiustamente anche per parte di alcuni moderni. Ma sopratutto è falsa l'asserzione del Van de WATER, loc. cit., pag. 8, che gli scolii *vulgarem canunt cantilenam;* perocchè, sebbene l'opinione giusta si trovi già indicata nella Glossa, tuttavia nè essa è l'opinione comune, nè essa è espressa con tanta precisione e connessione di concetti come negli scolii greci.

76) Vedi HELLFELD, § 1428, seguìto dal WEBER, *Erläuterung der Pandekten* (Spiegazione delle Pandette), vol. II, § 1428.

---

e) Su queste due leggi 3 e 14 Dig. *de trans.* 2, 15 sono da vedere ancora gli autori seguenti: SINTENIS, *Gemeines Civilrecht* (Diritto civile comune), Vol. III, pag. 468 seg. — VANGEROW *Pandette*, II, § 457. — DEDEKIND, *Die Anerkennung*, ecc. (La recognizione delle disposizioni di ultima volontà invalide) (citato nella precedente nota *d* a pag. 87), pag. 57 nota 19.

assoluta si basano sopra una probabilità e il nome non deve essere in aperta contradizione col concetto [77]). Le disposizioni unilaterali di ultima volontà possono essere revocate dal loro autore espressamente o tacitamente in qualunque tempo, « *ambulatoria enim est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* » [78]). Se questa regola sia soggetta a qualche limite od eccezione è cosa in parte disputata. La disputa si riduce a tre punti: 1.° quali effetti abbia la così detta clausola derogatoria; 2.° se l'irrevocabilità di un testamento possa esser fondata per contratto; 3.° se anche i testamenti reciproci si possano revocare unilateralmente.

I. Per clausola s'intende una determinazione accessoria nel negozio giuridico, che ha per iscopo di determinare più precisamente il significato giuridico del negozio e di evitare così per quanto è possibile liti future sugli effetti di esso [79]). Per simili clausole si sono stabiliti nella pratica certi nomi e certi concetti, come clausola confermativa, riservativa [80]), derogatoria, ecc., e formule corrispondenti la cui osservanza però non è necessaria. Spesso basta aggiungere il nome tecnico della clausola perchè il significato di essa è sufficientemente determinato e conosciuto e così la volontà del disponente non è soggetta ad alcun dubbio. Ma è buona regola cautelare aggiungere una dichiarazione precisa della propria volontà e meglio è sopprimere anche il nome tecnico della clausola quando il concetto di essa sia indeterminato o equivoco. Questo vale in particolare della clausola derogatoria qui in discorso [81]). Per clausola de-

---

[77]) Vedi la mia *Doctrina Pandectarum*, § 146 nota 13.

[78]) L. 4 in f. D. *de adimendis vel transferendis legatis*, 34, 4. Confronta L. 6 C. *qui test. facere possunt*, 6, 22. Anche se sia stato istituito erede l'imperatore, è detto, si può nonostante revocare il testamento a proprio arbitrio. Vedi anche L. 19 C. *de testamentis*, 6, 23 dove il diritto della revoca arbitraria dell'ultima volontà è indicato come *arbitrium commutationis*.

[79]) Henr. de COCCEJI (resp. Ge. Conr. SCHÖPFFER), *Diss. de clausulis testamentorum*, Fr. ad Viadr. 1691 (anche *Exercitat. curiosarum*, vol. I, disp. 79, pag. 1156 segg.), cap. 1, num. 5. — Confr. la mia *Doctr. Pand.*, vol. I, § 112.

[80]) Anche questa clausola si trova come la derogatoria di preferenza nei testamenti. Con essa il testatore si riserva il diritto di fare aggiunte, mutazioni, determinazioni e schiarimenti della sua disposizione testamentaria. Vedi specialmente BYNKERSHOEK, *Observationes iuris privati*, III, cap. 4, 5.

[81]) Due dei più illustri civilisti si sono occupati in una speciale trattazione

rogatoria s'intende di solito la determinazione per la quale eventuali disposizioni future si dichiarano preventivamente nulle [82]), specie quelle che non siano compatibili col contenuto della disposizione presente e che modificherebbero o distruggerebbero questa [83]); ma s'intende anche la dichiarazione contenuta in una disposizione posteriore per la quale la disposizione precedente non debba valere in tutto o in parte [84]). Quest'ultima disposizione non appartiene alle clausole inutili o superflue, come afferma lo STRYKIO [85]), essa può invece spesso servire a togliere dubbii e controversie nei casi nei quali una nuova disposizione non è di per sè, cioè per la sua stessa sostanza, derogatoria di una precedente [86]). A noi tuttavia importa

---

di questa clausola: CUIACIO, *Observationes,* XIV, c. 7. — BINKERSHOEK, *Observationes iuris privati,* libro III, cap. 6.

82) L. 22 pr. D. *de legat. et. fideic.*, III, 32: « Si quis in principio testamenti adscripserit: *cui bis legavero, semel deberi volo* ».

83) A queste appartiene anche la formula prediletta di GIUSTINIANO *hac lege perpetuum valitura sancimus* e simili.

84) Vedi BYNKERSHOEK, loc. cit., cap. 6 init. e la mia *Doctrina Pandectarum,* III, § 653 nota 4 e il testo ivi. Non deve del resto scambiarsi con nessuna delle due la così detta *clausula privatoria* o *cassatoria;* perchè, sebbene specialmente quest'ultima espressione presa alla lettera si possa riferire ad ambedue i significati della *clausula derogatoria,* per regola s'intende per questa la dichiarazione del testatore che un onorato debba perdere i vantaggi del testamento se egli ne contesti la validità o non adempia gli oneri o le mo dalità impostegli in esso. — STRYKIO, *De cautelis testamentorum,* cap. 24, § 64-72. — KIND, *Quaestiones forenses,* I, c. 92, III, c. 49. — GEIGER e GLÜCK, *Merkwürdige Rechtsfälle und Abhandlungen* (Casi giuridici notevoli e dissertazioni), vol. III, diss. 35, pag. 47 seg. — WEBER, *Erläuterung der Pand.* (Spiegazione delle Pandette), § 1428, n. 2 *b*. Parecchi scrittori del resto usano l'espressione *cassatoria clausola* non solo nel secondo senso (HOFACKER *Principia iuris rom. Germanici,* II, § 1347, n. V), ma anche nel primo, cioè come clausola colla quale è annullata in precedenza una volontà futura. Così il WARNKOENIG, *Comm. iuris romani privati,* t. III, § 1036, nota 6. — HAIMBERGER, *Ius rom. privatum idque purum,* III, § 334, n. 2.

85) STRYKIO, *Cautelae testamentorum,* cap. 2, 13. Egli cita come clausola inutile la seguente: « in questo mio testamento revoco e dichiaro come nullo e invalido ogni altro testamento, codicillo, o atto di ultima volontà che abbia già fatto o fatto scrivere ». Vedi però la nota seguente e nota 90.

86) Se per esempio alla stessa persona sia lasciata la stessa somma in diversi codicilli può essere per lo meno dubbio se essa sia legata così una volta sola o più volte. Simile dubbio si toglie facilmente coll'aggiunta della clausola derogatoria all'ultimo codicillo. Anzi in un caso dove la clausola

qui soltanto il primo significato di questa clausola; e per essa intendiamo adunque la clausola colla quale un testatore annulla in precedenza le disposizioni future e in particolare dichiara la sua ultima volontà presente immutabile [87]).

In generale non si nega che il testatore non possa coll'uso di questa clausola legare la propria volontà. Si domanda però se in un caso simile il secondo testamento distrugga il primo pel solo fatto della sua esistenza o se il testatore debba dichiarare espressamente in esso di revocare la sua volontà. Quest'ultima opinione è stata insegnata da parecchi pel motivo che può nascere facilmente un dubbio sulla vera volontà del testatore se nella disposizione posteriore manchi una dichiarazione espressa così chiaramente e con precisione [88]). L'opinione comune però si è pronunciata decisamente in senso opposto [89])

---

derogatoria era stata apposta precedentemente nel primo senso Ermogeniano dichiara necessaria la revoca espressa di essa, cioè l'aggiunta di una clausola derogatoria nel secondo senso, affinchè la prima perda il suo valore. Vedi nota 92.

[87]) Questo concetto deve aversi specialmente presente nella nostra questione (Gli antichi scrittori così esprimono la clausola: « Se anche io avessi a fare dopo questa un testamento o atto di ultima volontà, voglio che esso non valga e che questo testamento sia osservato fedelmente ». Vedi Cocceio, *Diss.* cit., cap. 2, § 133). Il testatore però può anche dichiarare l'invalidità del testamento futuro soltanto sotto certe condizioni. (Vedi infra nel testo n. 2). È pure una clausola derogatoria nel primo senso quella nella quale il testatore dispone per esempio: se io avessi a lasciare più volte la stessa somma a Tizio il legato deve valere per uno solo. Gli effetti di questa clausola sono però ben diversi da quelli della precedente. Vedi nota 92.

[88]) Vedi Sande, *Decisiones Frisicae*, lib. IV, tit. I def. 10. Egli sostiene che questa sia l'opinione comune, ma non lo prova. Io credo però che in un tempo antico moltissimi abbiano potuto seguire questa falsa opinione perchè essa sembra esser fondata su alcuni principî generali. Il Fabro, per esempio, nei suoi *Errores pragmaticorum*, dec. XXXVII, err. 7, si lamenta di questo *error in scholis et in foro frequens, quem antiqui glossatores invexerunt* e alla dec. XXXVIII, err. 1.° parla di un *inveteratus error.* Fra gli scrittori più recenti questa opinione è difesa in particolare dallo Strykio, *Cautelae testamentorum.*

[89]) Almeno nei tempi più tardi. Vedi Fabro, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXVII, err. 7, dec. XXXIX, err. 1 e anche dec. XXXVIII, err. 1, dove egli dice che anche se avvenisse una revoca questa potrebbe essere espressa in modo generale senza alcun speciale riguardo al primo testamento per esempio con la formola *non obstante quocumque testamento,* perchè una

e per essa stanno gli argomenti più serii, purchè si tratti, ben inteso, di testamenti veri e proprii o di disposizioni di ultima volontà che contengano l'istituzione di un erede diretto. Per le disposizioni codicillari invece questa opinione non sarebbe da accogliersi. È noto infatti che parecchi codicilli di un medesimo testatore possono coesistere [90]). Ma poichè il codicillo posteriore non distrugge l'anteriore non si può neppur dire che il testatore col semplice fare un secondo codicillo abbia manifestato di voler cambiare volontà, ma occorrono altre prove sicure. In molti casi ciò apparirà dal contenuto stesso della disposizione e in tali casi si ha lo stesto risultato che nel caso di più testamenti [91]), in altri invece ciò rimane dubbio e in tali casi s'intende che la prima dichiarazione di volontà del testatore deve esser rispettata fin che egli non la revochi espressamente. Di un tal
caso parla **Ermogeniano** nel testo sotto riferito [92]). Egli dice: la

---

volta si discuteva anche su ciò. Ulr. Huber, *Comment. ad h. t. Pand.*, n. 5. — Io. Voet, *Comment. ad Pand. ad h. t.*, § 10. — Manzius, *De test. valido et invalido*, tit. XXII, num. 21-22. — Ant. Merenda *Controvers. iur. civ.*, lib. IV c. 49. — J. N. Hertius, *Diss. de lege, clausula ut ne abrogari unquam possit, munita*, Sect. 1, § 8 (nel *Commentar. et opusc.*, vol. I, p. III, pag. 7). — Io. Balth. a Wernher, *Observat. for.*, t. I, p. I, obs. 205. — Henr. de Cocceji, *Diss.* cit., cap. 2, § 156. — Corn. v. Bynkershoek, loc. cit. — Kind, *Quaest. for.*, t. I, c. 59. Vedi anche i moderni trattati e commentari. Wernher, *Lect. commentationes in pandectas*, parte II, h. t. § 2. — Hoepfner, *Comment.*, etc. (Commentario alle Istituzioni di Eineccio), § 518, nota 1 e il testo ivi. — Hellfeld, § 1428. — Hofacker, *Principia iuris romani-germanici*, tomo II, § 1347. — Thibaut, *System des Pandectenrechts* (Sistema del diritto delle Pandette), vol. II, § 186, 8.ª edizione, § 976. — Guenther, *Principia iuris romani* tomo II, § 791. — Hufeland, *Lehrbuch des gemeinen Civilrecht* (Trattato di diritto civile comune), vol. II, § 1397. — Schweppe, *Das römische Privatrecht* (Il diritto privato romano nella sua applicazione moderna edito dal Maier), vol. V, § 869, nota 1. — Hartitzsch, *Das Erbrecht nach heutigen und römischen Rechten* (Il diritto di eredità secondo il diritto moderno e romano), § 426. — Warnkönig, *Commentarii iuris romani privati*, III, § 1036 nota 6. — Haimberger, *Ius romanum privatum idque purum*, § 334, n. 2.

90) § 3 I. *de codicillis*, L. 6 § 1 D. *de iure codicillor.* 29, 7.

91) Arg. L. 3 C. *de codicillis* 6, 36: «In dubium non venit, id quod priori codicillo inscripserat (mater), per eum (codicillum), in quem postea secreta voluntatis suae contulerat, si a prioris tenore discrepat, et contrariam voluntatem continet, revocatum esse».

92) L. 22 pr. *de leg.*, III, 32: «Si quis in principio testamenti adscripserit: *cui bis legavero, semel deberi volo*, postea *eodem testamento vel codicillis* sciens

dichiarazione fatta dal testatore nel principio del suo testamento che se un legato si trovi ordinato più volte a favore di un determinato individuo debba tuttavia valere per uno solo, è inefficace se si trovano ordinati parecchi legati coll'intenzione che valgano tutti insieme, perchè la volontà dichiarata per ultima merita sempre la preferenza, il testatore però deve dichiarare che questa è veramente la sua volontà. Il Cuiacio ritiene che le ultime parole « *sed hoc ita . . . accipiat* » siano interpolate, perchè esse non corrispondono nè alla brevità e precisione colle quali Ermogeniano suole esprimersi nei suoi *libri Epitomatorum,* nè alle dichiarazioni precedenti: « exigit ante scientiam, nunc exigit specialem derogationem. Quid enim scientiam, si et praeter eam specialem derogationem desideras? aut quid specialem derogationem, si scientia contentus? » [93]). Con lui concorda A. Fabro [94]), fondandosi anche sull'osservazione che erroneamente si riferiscono alla clausola derogatoria contenuta nel principio del testamento le parole *si sciens saepe eidem legaverit,* perocchè esse significano invece che il testatore abbia nell'ordinare in seguito un legato avuto in mira il legato precedente [94]). In fondo è la stessa cosa dire che il legato posteriore vale se il testatore lo ordina coll'intenzione che seguiti a valere anche il primo o dire che vale se egli non vuol più far valere la clausola di derogazione. Difficilmente però si potrebbe convenire col Fabro che sia la stessa cosa, se il testatore abbia o no pensato alla clausola, purchè abbia ordinato il legato scientemente, vale a dire avendo in mira il primo. Se per esempio il testatore dice: io lego ad A 200 talleri d'oro e in un altro punto del testamento o in un codicillo dice poi: io lego ad A i 200 talleri d'oro che ho in custodia presso Tizio, sarà per lo meno molto dubbio, quando anche manchi la clausola *si cui bis legavero semel deberi volo,* se qui si tratti di diversi legati o se il secondo non sia che una designazione del primo; ma se invece la clausola derogatoria

---

saepe eidem legaverit, suprema voluntas potior habetur; nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore ei recedere non liceat. Sed hoc ita locum habebit, si specialiter dixerit, prioris voluntatis se poenituisse, et voluisse ut legatarius plura legata accipiat ».

[93]) Cuiacio, *Observat.,* lib. XIV, c. 7.

[94]) A. Faber, *Errores Pragmaticor.,* dec. XXXVII, err. 8, num. 20 segg.

sarà stata usata, non ci sarà alcun dubbio che il legato debba valere una volta sola, salvo che il testatore abbia espressamente detto il contrario. Anche qui l'ultima dichiarazione di volontà del testatore prevale alla precedente, ma deve risultare che il testatore volle revocare questa. Ermogeniano adunque parla di un caso in cui ciò era dubbio e richiede con ragione una dichiarazione espressa del testatore affinchè possano i legati essere domandati tutti e due. Nè la connessione dei concetti, nè lo stile giustificano in questo testo il rimprovero del Cuiacio; il testatore non può essere legato alla sua prima dichiarazione di volontà, ma se vuole mutarla deve esprimere la sua volontà in modo non dubbio [95]). Secondo un'opinione molto diffusa si dovrebbe distinguere qui fra i casi nei quali il testatore abbia ordinato il secondo legato nella medesima disposizione di ultima volontà e quelli nei quali l'abbia ordinato in una disposizione posteriore e solo nei primi si richiederebbe la dichiarazione, che anche questo legato debba valere, negli altri ciò s'intenderebbe da sè [96]). Questa interpretazione non soltanto è destituita di ogni fondamento giuridico [97]), ma essa condurrebbe anche spesso a risul-

---

95) Un caso simile è riferito da Ulpiano in L. 14 pr. Dig. *de legatis*, I, 30: « Si ita sit adscriptum: *si cui legavero bis, semel heres ei dato*, — et eidem duas quantitates adscripserit, vel duos fundos, an utrumque debeatur? Et ait Aristo, unum videri legatum; nam quod ademtum est, nec datum videri secundum Celsi et Marcelli sententiam, quae vera est ». Qui è sottinteso che soltanto una revoca espressa di quella dichiarazione può attribuire al secondo legato un'efficacia propria indipendente.

96) Già nella Glossa di Accursio a questo testo si trova esposta questa opinione accanto a varie altre. Fra gli scrittori moderni, mi limito a nominare Chiesi, *De differentiis iuris*, cap. XXXI, n. 3 e seg. nella *Iurisprudentia romana ed attica di* Einecio, tomo II, pag. 710. — Ubero, *Praelectiones ad Pandectas*, tit. *De iniusto, rupto irrito facto testamento*, § 5. — Bynkershoek, *Quaestiones iuris privati*, lib. III, cap. 6, opera II, pag. 355 *b*. Anche nei trattati che si occupano della cosa questa opinione ha trovato accoglienza. Vedi Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune) libro 5 § 506.

97) Degni di nota sono sopratutto gli argomenti arrecati dal Bynkershoek, loc. cit., il quale pure di solito vede le cose assai chiaramente. Egli afferma che non sia neppure ammissibile che una persona di mente sana possa nonostante la clausola in discorso ordinare tuttavia nello stesso testamento varii legati e perciò crede che Ermogeniano richiedesse qui una speciale deter-

tati contrarii alla volontà del testatore ed è inoltre contraria direttamente al contenuto del testo. In primo luogo infatti: *a*) le disposizioni codicillari, siano esse fatte nel testamento o in codicilli speciali in uno o in più codicilli, costituiscono sempre una parte della stessa disposizione di ultima volontà [98]) e per ciò nulla può importare che le disposizioni in discorso siano fatte tutte nelle medesime tavole testamentarie piuttosto che in tavole diverse. A dir vero è detto anche di parecchi codicilli contradittori, che l'ultimo è preferito ai precedenti [99]), ma questo principio, non solo si fa dipendere espressamente dalla condizione *si a prioris tenore discrepat et contrariam voluntatem continet,* ma riposa anche sulla regola generale che nello stesso testamento nel dubbio debba preferirsi la *novissima posterior scriptura* [100]). *b*) Egli è piuttosto da ritenere che la seconda disposizione di ultima volontà sia effetto di errore o dimenticanza quando anzi che nell'atto stesso sia stata fatta in un atto diverso e perciò, anche se debba ammettersi in generale una tacita revoca della prima disposizione, sembra che in quel caso sia meno giustificato che in questo l'ammettere il mutamento di volontà. Certamente anche qui è concepibile che il testatore nella dichiarazione di ultima volontà posteriore abbia ripetuto un legato già prima ordinato con l'intenzione di confermarlo e non per fare una disposizione nuova, ciò che poi potrà ammettersi anche meno facilmente quando la nuova disposizione avvenga nello stesso atto. *c*) Ma Ermogeniano dice

---

minazione « ex qua constet de seria eius voluntate; sed hoc transferre non licet ad duo testamenta diverso tempore condita, ubi oblivio et alia quam plurima incidere possunt, quae specialem revocationem saepe molestam et impossibilem redderent ».

Ma da ciò segue invece che se la volontà certa del testatore doveva essere decisiva la seconda disposizione doveva contenere un richiamo espresso della precedente.

98) L. 3 in f. L. 6 § 1, L. 16 D. *de iure codicillorum* (29, 7).

99) L. 3 C. *de codicillis* (6, 36).

100) L. 12 § 3 D. *de legat.* I, 30. L. 6 § 1, L. 28 D. *de adim. vel transfer. leg.* (34, 4). Nei legati lo stesso vale anche per diverse condizioni aggiunte in diverse parti ad un legato (L. 87 D. *de cond. et dem.* 35, 1 *traditum est in legatis novissimam condicionem spectandam esse,* L. 90 *eodem*) sebbene altrimenti si debba tener conto soltanto della condizione più facile. L. 27 § 2 D. *de hered. inst.*, 28, 5.

espressamente: *si postea eodem testamento vel codicillis saepe eidem legaverit* e queste parole difficilmente potrebbero interpretarsi altrimenti che, se il testatore ordini più tardi dei legati sia nel testamento stesso, sia in codicilli, vale a dire in aggiunte al testamento.

Un testo che non appartiene propriamente al nostro argomento, perchè in esso non si parla della clausola derogatoria, determina tuttavia molto chiaramente il principio sul quale riposa tutta la materia dei legati, cioè che in essi decide unicamente la volontà del testatore in qualunque ordine essa sia stata manifestata e che la volontà, una volta dichiarata, vale finchè non sia revocata.

« POMPONIUS, lib. III *ad Sabinum* [1]): In legatis novissimae scripturae valent, quia mutari causa praecedentis legati vel die, vel condicione, vel in totum ademtione potest. — Interdum tamen in legatis non posterior, sed praecedens scriptura valet; nam si ita scripsero: *quod Titio infra legavero, id neque do, neque lego*, quod infra legatum erit, non valebit; nam et eum sermonem, quo praesentia legata data in diem proferuntur, ad postea quoque scripta legata pertinent [2]). *Voluntas ergo facit, quod in testamento scriptum valeat* ».

---

1) L. 12 § 3 D. *de legatis* 1, 30.

2) Qui è indicata la così detta *clausula prorogationis* per la quale l'adempimento del legato è sospeso, vale a dire vi è aggiunto un termine *a quo*. Vedi POTHIER, *Pand. Iust., tit. de legatis fideicommissis*, lib. XXX-XXXII, Sez. II, art. II, tomo II, pag. 318. Un esempio che si adatta al principio sopra esposto è quello contenuto nella L. 30 D. *de legatis*, 1, 30: « Quas pecunias legavi quibus dies appositus non est eas heres meus annua, bima, trima die dato ». La spiegazione aggiunta da ULPIANO a questa disposizione (§ 1-7) può considerarsi come una conferma della nostra esposizione superiore sugli effetti della clausola derogatoria. La clausola, dice ULPIANO, estende la sua efficacia non soltanto alle disposizioni di legato precedenti, ma anche alle successive; soltanto queste devono avvenire puramente, cioè senza l'aggiunta di alcuna determinazione dalla quale appaia la volontà del testatore che per questo legato non debba valere la clausola di prorogazione. Come esempi si citano i seguenti: quando è determinato espressamente che il legato debba scadere subito (*si forte centum mihi legata sunt praesentia*), quando al legatario debbano essor fatte delle prestazioni a termine, per esempio annuali e mensili, finchè vive (*quia hoc legatum et initio et finem habet,* cioè perchè il legato ha il suo proprio punto iniziale e finale), quando sia aggiunta una particolare condizione o uno speciale termine di pagamento ai singoli legati. In breve le parole in corsivo della L. 12 § 3 D. *de legatis*, I, 30

Questo deve naturalmente valere anche nel caso che la disposizione posteriore sia contenuta in un codicillo fatto posteriormente (nota 98). Soltanto quanto si veda chiaramente che coll'ultima disposizione si è voluto abolire la prima, si deve attribuire a quella la maggiore importanza; non è però necessario che ciò sia dichiarato letteralmente, basta che la volontà del testatore appaia chiara. Così per esempio nel caso addotto da ERMOGENIANO basterebbe che il testatore avesse nella seconda disposizione detto: io voglio che Tizio riceva completamente ambedue i legati che io gli ho lasciati; questa sarebbe una dichiarazione speciale sufficiente per escludere la clausola derogatoria contenuta nel principio del testamento. Ma è anche possibile che la clausola derogatoria e l'ultima disposizione abbiano effetto ambedue. Se in un testamento sia detto, che solo uno dei legati debba valere, il legatario non potrà riceverne che uno, qualunque sia il numero dei legati a lui lasciati, ma nel dubbio egli avrà diritto all'ultimo [3]).

Tutto ciò doveva essere premesso per mostrare che le dichiarazioni contenute nelle nostre fonti sugli effetti della clausola derogatoria riguardo ai legati non possono applicarsi incondizionatamente alle istituzioni d'erede, come avviene di solito anche per parte di quegli scrittori che espongono sulla questione che ci occupa un'opinione giusta, ma nella giustificazione di questa si smarriscono in contradizioni e inutili sottigliezze. Parecchie disposizioni codicillari possono coesistere l'una accanto all'altra, ma, l'ultima non esclude la prima per il solo fatto della sua esistenza, tutto dipende dalla intenzione del testatore, sulla base della quale soltanto può determinarsi il rapporto fra le diverse disposizioni, se esse cioè debbano valere tutte insieme, o se soltanto la prima, o soltanto l'ultima. Molto più semplice appare la cosa quando si tratti di parecchi testamenti in senso stretto. In tal caso l'ultimo distrugge *ipso iure* i precedenti e perciò è superflua la dichiarazione del testatore che egli vuole che ciò avvenga [3 a]).

---

si riferiscono a questa così detta clausola di prorogazione e POMPONIO vuol dire che fin che essa estende la sua efficacia alle disposizioni posteriori altrettanto avviene anche per la clausola derogatoria.

3) Arg. L. 6 § 1 D. *de adimend. legat.* 34, 4.

3 a) Ant. MERENDA, *Controv. iur. civil.,* lib. IV, c. 49, num. 22.

Ma questa revoca del primo testamento deve essere voluta dal testatore? Certamente sì nel senso che l'ultimo testamento deve riposare sulla volontà di lui, altrimenti si dovrebbe considerare giuridicamente inesistente [4]). Se questo è il caso è da dire che la seconda disposizione sulla successione universale contiene di per sè stessa la dichiarazione implicita di revoca della prima, anzi, questa si considera annullata anche quando il testatore abbia fatto conoscere che egli non voleva revocarla, perocchè il contenuto di esso non può in tal caso valere che come fedecommesso e deve essere adempiuto dall'erede istituito nel secondo testamento [5]). Gli avversarii però ritengono che debba ammettersi che la clausola derogatoria abbia lo scopo di assicurare la validità del testamento contro la frode, la violenza o le minaccie delle persone non istituite in esso, di maniera che si ritenga che il secondo testamento sia l'effetto di simili atti illeciti, cioè sia: « factum a testatore, ut se liberaret ab importunis sollicitationibus, suasionibus, blanditiis, vel minis eorum, quibus resistere non potuit » [6]). Nel fatto però, questo presupposto è così artificioso e ricercato come la conseguenza che se ne trae. È altrettanto naturale, anzi più naturale ritenere che la clausola di derogazione sia dovuta a influenze e blandizie degli eredi istituiti nel primo testamento, i quali cerchino di assicurarsi così l'eredità lasciata loro, come del resto si riscontra assai di frequente nei casi pratici conosciuti [7]). Ma se anche quel presupposto si potesse dimostrare vero il testamento seguente non si dovrebbe perciò senz' altro ritenere come l'effetto della frode o della violenza; una simile presunzione, molto debole e molto lontana, dovrebbe cedere alla opposta presunzione di validità del negozio in assenza di dolo [8]). Certamente quando si possa dimostrare l'opposto per motivi che costituiscono una prova giuridica, si deve pronunciarsi a favore dell'istituito nel primo testa-

---

4) Arg. L. 32 pr. D. *de hered. instit.* (28, 5), L. 1 C. *si quis aliquem testari prohibuerit* (6, 34) L. 3 D. *eodem* (29, 6). Confr. § 1405 n.° 2, 1406 del *Commentario.*

5) L. 12 § 1 D. h. t. — § 3 I. *quib. mod. test. infirm.* 2, 17.

6) Sande, *Decisiones Frisicae,* lib. IV, tit. I, defin. 10, pag. 291.

7) Vedi gli esempi in Bynkershoek, loc. cit., cap. VI e VII.

8) L. 18 § 1 D. *de probat.* (22, 3), L. 12 D. *de reb. dub.* (34, 5).

mento [9]), ma l'essere stata nel primo testamento introdotta la clausola derogatoria è una circostanza indifferente, perocchè questo si mantiene sempre in vigore quando il secondo non può valere. Ma ammesso pure che i presupposti, sui quali gli avversarii fondano la loro opinione, fossero pienamente esatti, non si potrebbe capire come si dovesse qui dare la minima importanza alla revoca della clausola derogatoria che fosse contenuta nel secondo testamento. Come il testatore può essere indotto contro la sua stessa volontà a cambiare la sua disposizione precedente, parimenti può essere indotto dagli stessi motivi alla revoca espressa di quella clausola e se l'ultimo testamento deve essere considerato nullo perchè non sia la manifestazione della volontà libera di lui, deve tale nullità estendersi anche alla dichiarazione di nullità della prima disposizione. Egli è perciò un tentativo vano quello di giustificare l'opinione da noi qui combattuta osservando che l'ultima volontà del testatore è bensì la decisiva, ma che tutto sta nel vedere quale sia da ritenersi per tale, se cioè l'ultima espressa, o piuttosto quella colla quale si annulla in precedenza ogni disposizione futura, perocchè l'ordine nel quale alcuno esponga la propria volontà non ha alcun significato; ciò che è decisivo è la volontà del testatore, la quale è stata esposta in modo sufficientemente chiaro colla clausola di derogazione. Si vede subito che tutta questa argomentazione riposa su una vera petizione di principio; si potrebbe infatti, argomentando nello stesso modo, dire che nessun testamento può essere revocato da uno posteriore,

---

9) Esempi riferentisi a questo punto si trovano in Bynkershoek, loc. cit. e fra essi può esser annoverato anche l'esempio riferito dal Sande, loc. cit. La testatrice aveva aggiunto la clausola derogatoria al proprio testamento per non essere soggetta a pressioni per parte del proprio marito che la tormentava incessantemente perchè disponesse a suo favore. Anche in seguito essa si lamentò delle eterne sollecitazioni del marito e si lasciò tuttavia indurre a fare un nuovo testamento, che però il tribunale non ritenne valido. Poichè non era dimostrato alcun atto particolare di violenza il marito avrebbe potuto richiamarsi alla L. 3 Cod. *si quis aliquem testari prohibuerit vel coegerit* 6, 34: « *Iudicium uxoris postremum in se provocasse maritali sermone non est criminosum* » e alla identica decisione di Papiniano nella L. 3 D. *eodem*. Certo però deve per buone ragioni accogliersi la pratica che parifica la pressione alla violenza. Vedi § 1405 del *Commentario*.

per la ragione che il primo testamento deve per la stessa dichiarazione del testatore considerarsi come l'ultima volontà di lui, *nam ars deluditur arte,* osserva molto giustamente il BYNKERSHOEK [10]). Che la prima dichiarazione possa essere preferita all'ultima è detto soltanto riguardo ai legati nei quali tutte le singole disposizioni appaiono come parti della medesima disposizione di ultima volontà e anche qui questa non è espressa come regola generale. *Interdum*, dice POMPONIO nella L. 12 § 3 D. *de legatis* I, 30, *in legatis non posterior, sed praecendens scriptura valet*, perchè anche pei legati vale come regola il principio opposto *novissimae scripturae valent.* In breve questa argomentazione, da qualunque parte la si consideri, manca di ogni fondamento; ma quand'anche essa meritasse l'approvazione più piena, risorgerebbe sempre la questione, a che cosa possa servire la revoca della clausola derogatoria. Perocchè, se questa esercita la sua efficacia sul testamento successivo, tutte le parti di questo debbono esserne ugualmente toccate e anche quella che contiene la revoca della clausola derogatoria stessa. Si potrebbe obiettare che il testatore potrebbe aver fatto il testamento posteriore per dimenticanza e che la revoca espressa della clausola derogatoria contiene così una prova che egli abbia mutato la sua volontà scientemente e per seria convinzione. Ma anche questo argomento, guardato alla luce, appare del tutto privo di valore. Quando un testatore dichiara liberamente e chiaramente chi deve essere il suo erede, questa dichiarazione deve essere riguardata come la manifestazione della sua volontà e decisione presente e seria e deve come l'ultima essere preferita a tutte le disposizioni precedenti. Se anche egli non menzioni la clausola derogatoria, egli ha pure detto quello che voleva ed è questo solo che importa [11]). Inoltre non bisogna dimenticare come spesso simili clausole siano usate da coloro che redigono i negozii giuridici, senza che il testatore ne conosca il significato, di guisa che anche per questo motivo non si deve attribuire soverchia importanza nè al loro uso, nè alla loro soppressione.

---

[10]) BYNKERSHOEK, loc. cit., capo VI.

[11]) Confronta specialmente WERNHER, *Observationes forenses,* tomo I, parte I obs. 205, num. 21-59.

Se dunque tanto la clausola quanto la sua abolizione è da ritenere come del tutto superflua nei testamenti veri e proprii, neppure ha importanza il sapere se la revoca delle disposizioni precedenti sia avvenuta in modo generale, o con riguardo speciale al primo testamento e alla clausola derogatoria in esso contenuta [12]. Tuttavia alcuni ammettono ciò come regola, ma eccezionalmente attribuiscono importanza alla clausola derogatoria:

1.⁰ Quando essa sia confermata con giuramento, o vi sia aggiunta la così detta *clausula iuratoria seu adiuratoria*. Se ciò è esatto può essere fondato soltanto sulla inviolabilità del giuramento, onde seguirebbe che un tale testamento non potesse neppure essere revocato. Anche qui però si distingue se il testatore abbia avuto o meno un giusto motivo per cambiare di volontà e nel primo caso si ritiene valida la revoca del testamento giurato [13], perchè si suppone che il testatore abbia agito con piena libertà di volere quando si servì della clausola di giuramento e a questo porta anche il concetto di un giuramento giusto. Questa distinzione è del tutto inconseguente: già nelle promesse ordinarie è inammissibile la limitazione unilaterale di esse per l'aggiunta posteriore di condizioni o di altre modalità; tanto meno ciò può avvenire nelle dichiarazioni giurate [14]. In-

---

12) Anche questo è discusso fra coloro che riconoscono la validità del secondo testamento solo quando in questo sia revocata la clausola derogatoria, perchè alcuni richiedono una regola speciale. Vedi Fabro, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXVIII, err. I. — Cocceio, *Diss.* cit., capo II, num. 152 e seg., e gli autori da lui citati. Wernher, loc. cit., num. 135 seg. Questi scrittori difendono l'opinione giusta secondo la quale non è necessaria una regola generale nè speciale. Lo Strykio è di opinione diversa (*cautelae test.*, cap. XXIV, § 56), ma oltre la revoca espressa della clausola derogatoria ammette anche la presunzione che il testamento posteriore contenga la volontà seria e precisa del testatore.

13) Ant. Merenda, *Controversiarum iur. civil.*, lib. IV, cap. 50. — Henr. de Cocceji, *Disp. de clausulis testamentor.*, cap. 2 in f. (num. 204 segg.). Sam. Stryk, *Cautel. testamentor.*, cap. XXIV, § 24.

14) Dalla regola del diritto canonico che anche all'adempimento di una promessa giurata di matrimonio non sia il promittente obbligato quando la fidanzata mantiene relazioni disoneste con altri uomini o è colpita da una malattia ripugnante o è castrata (cap. 25, X *de iureiurando*, 2, 24) si è voluto trarre la regola generale che in ogni promessa giurata sia sottintesa sempre la clausola *rebus sic stantibus*. — Boehmer, ediz. del *Corpus iuris*

vano si cerca di nascondere questa inconseguenza sotto la seguente argomentazione. Si dice che il testatore non è legato dalla clausola derogatoria e perciò egli deve anche esser libero di revocare l'ultima volontà che più non gli piace; ma col giuramento egli fa conoscere in certo modo che la sua decisione è particolarmente seria e certa e dichiara nel modo il più sicuro di non voler revocare o cambiare il testamento senza motivi gravi [15]). Ma se ciò che importa è solo la serietà e certezza del volere queste debbono supporsi in ogni testamento e almeno si dovrà supporre che il testatore non abbia l'intenzione di modificare in seguito il suo testamento quando a questo aggiunga la clausola derogatoria. Se invece è alla santità del giuramento che si attribuisce un'efficacia, esso deve esser mantenuto fedelmente in ogni caso e la clausola che vi si vuol sottintendere *si modo aliquid novi non superveniat, quod idoneam revocandi causam praestet* (vedi nota 15) si dovrebbe sempre considerare come una riserva mentale non concessa, anche se il testatore l'avesse veramente nell'animo suo sottintesa [16]).

Più giusto è però non riconoscere nel nostro caso alcuna efficacia alla clausola giurata. Come è noto, si discute sul punto se il giuramento possa trasformare in valido ed efficace un negozio giuridico invalido e inefficace. Tutto ciò che si può dire per la risposta affermativa si è che il papa decidendo alcuni casi nel senso dell'obbligo dell'adempimento adduce come motivi che l'adempimento del giuramento non era pericoloso per l'anima nè potea danneggiare terzi [17]). Coloro che risolvono la questione in generale affermativamente ritengono questo argomento per un vero principio di diritto, del quale il papa abbia fatto applicazione ad alcuni casi, e lo esprimono così in termini generali. Deve

---

canonici ad h. l. nota 94. Tuttavia si è ormai d'accordo sul significato di questa clausola e dei suoi taciti presupposti e che si possa recedere unilateralmente da un contratto per mutate circostanze quando ciò sia portato dalla natura del contratto, da speciali convenzioni o da disposizioni di legge. WEBER, *Von der natürlichen Verbindlichkeit* (Dell'obbligazione naturale), § 90 num. 3.

15) MERENDA, loc. cit., § 6.

16) Confr. § 792 del *Commentario* (vol. XII, pag. 204 dell'ediz. tedesca).

17) C. 8, 28 X *de iureiurando,* 2, 24. C. 2 *eod.* in VI, 2, 11. C. 2 *de pactis* n VI, 1, 18.

essere adempiuto qualunque giuramento possa esserlo senza pericolo per la salvezza dell'anima e senza offesa ai diritti dei terzi [18]. In contrario però si deve osservare che un principio come questo, per l'applicazione del quale sarebbero del tutto frustrate le disposizioni più benefiche del diritto pubblico, è un'anomalia pericolosissima per tutti ad accoglier la quale si può essere indotti soltanto da una prescrizione di legge precisa e inderogabile, non già per semplice astrazione o generalizzazione di decisioni particolari o, ciò che è lo stesso, elevando a vero principio di diritto il semplice motivo accessorio di un richiamo al sentimento morale [19]. Simili sentenze poi non sono veri principii di diritto anche perchè sono troppo generali e da esse si vogliono dedurre tante conseguenze che non sono in armonia con altre verità (vedi nota 19); trattandole come principii generali si è dunque costretti poi a porre dei limiti pei quali la così detta regola diventa necessariamente molto indeterminata se non anche inservibile. Così per esempio anche nell'applicazione di quella pretesa regola si richiede che il giuramento sia stato prestato liberamente. Certamente questa limitazione non si sarebbe posta se non esistesse la disposizione chiara del diritto canonico che i giuramenti estorti con violenza non siano efficaci [20]. Infatti anche un

---

18) Fra i moderni questa regola è difesa specialmente dal THIBAUT, *Theorie der logischen Auslegung* (Teoria dell'interpretazione logica del diritto romano), § 16, pag. 61 seg. 2.ª ediz.

19) Così la necessità della buona fede continua nella prescrizione è richiesta dal papa pel motivo « *quoniam omne quod non est ex fide peccatum est* », cap. ult. X *de praescr.*, 2, 26, ma dovrà per ciò ritenersi questo come una regola di diritto? Anche nel diritto romano non mancano di tali argomenti accessorii, che certo sono adatti al caso pel quale si adducono, ma intesi come regole generali danno luogo a contradizioni e assurdità. Come, per esempio, si potrebbe conciliare il *neque malitiis indulgendum est* della L. 38 Dig. *de rei vind.*, 6, 1 colla regola *qui suo iure utitur nemini facit iniuriam*? E a quali strani risultati si giunga se dalla dichiarazione di PAOLO in L. 2 § 5 Dig. *de aquae pluv. arc.*, 39, 3: « *quod factum mihi quidem prodesse potest, ipsi vero nihil nociturum est* », si trae la regola generale « *quod tibi non nocet mihi vero prodest ad id poteris compelli* », è già stato dimostrato da altri. Vedi WEBER, *Von der natürlichen Verbindlichkeit* (Dell'obbligazione naturale), § 101 n. 5.

20) C. 6, 15, 29, X *de iureiur.* (2, 24); C. 6, X *de his quae vi metusve causa fiunt* (1, 40).

giuramento estorto può essere adempiuto senza pericolo per la salute dell'anima e senza lesione dei diritti dei terzi e la morale rigorosa vorrebbe che fosse adempiuto, perchè anche lo stato d'ingiusta coazione non rende l'uomo privo di volontà e quindi non si può giustificare lo spergiuro *quia, quamvis si liberum esset noluissem, tamen coactus volui* [21]), avrebbero detto gli stoici. In ogni modo però si vede che il papa non avea affatto in animo di far valere il principio come del tutto generale, ma che egli se ne serviva solo come di argomento accessorio nella decisione di casi nei quali la deviazione dai principii del diritto comune gli sembrava meno pericolosa [22]). Ma anche altri argomenti si oppongono all'opinione secondo la quale la clausola giurata potrebbe escludere o limitare la revocabilità di un testamento. In primo luogo gli effetti *giuridici* di una assicurazione giurata sono condizionati alla possibilità di una coazione giuridica all'adempimento o in sua vece alla prestazione dei danni. Ciò suppone naturalmente che col giuramento si assuma una obbligazione verso alcuno, sia questo un privato od una autorità. Ora, chi rafforza il proprio testamento con la clausola giurata non si obbliga verso nessuno, precisamente come non si obbliga colui che senza contratto o senza onere precedentemente obbligato giura qualche cosa. Per quanto anche in tal caso l'abuso del nome di Dio col giurare inutilmente possa provocare delle pene di polizia, manca però sempre un subietto che possa pretendere l'adempimento della dichiarazione giurata. In secondo luogo, quando pure si volesse am-

---

21) L. 21 § 5 D. *quod metus causa*, 4, 2. Vedi Eineccio, *Opuscula in quibus historia edictorum aliaque continentur*, pag. 397 nota *b*. Anche il papa accenna a questa forza morale obbligatoria del giuramento anche estorto. C. 8 X *de iureiurando*, 2, 24.

22) Questo appare anche più chiaramente dal fatto che il papa concede la revoca unilaterale della promessa giurata anche in casi nei quali non vi era violenza. Cap. 25, X *de iureiurando*, 2, 24. Vedi sopra nota 14. Nei tempi moderni per ciò si è quasi da tutti abbandonata l'opinione prima assai diffusa che un negozio giuridico invalido per ragioni di diritto pubblico possa convalidarsi con una conferma giurata. Weber, *Von der natürlichen Verbindlichkeit* (Dell'obbligazione naturale), § 121 e gli autori ivi citati Confr. anche Malblanc, *Doctrina de iureiurando*, 2.a ediz., Tubinga 1820, § 118, il quale pure si dichiara contro questa opinione, ma principalmente pel motivo che il diritto canonico non deroga in questo punto al romano.

mettere l'esattezza della pretesa regola del diritto canonico, si dovrebbe sempre applicare qui il principio *lex specialis derogat generaliori* [23]). In un rescritto degli imperatori SETTIMIO SEVERO e ANTONINO CARACALLA riferito da MARCIANO è detto: « Iusiurandum contra vim legum et auctoritatem iuris in testamento scriptum nullius esse momenti » [24]). Che per *iusiurandum contra vim legum et auctoritatem* s'intendano anche queste assicurazioni contrarie ai *boni mores* appare dal testo immediatamente precedente [25]):

« Si quis scripserit testamento fieri, quod contra ius est, vel bonos mores, non valet, veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum Praetoris, vel etiam turpe aliquid ».

A ciò si aggiunge che esso non valga neppure quando è confermato con giuramento. Nessuno dubiterà che presso i Romani la limitazione della libertà di testare apparisse come qualche cosa di contrario ai buoni costumi, concetto questo sul quale era fondato anche il divieto dei patti successorii [26]). Questi sono permessi oggi, ma ciò,

---

23) Arg. c. 1 *de const.* in VI, 1, 2. L. 41 Dig. *de poenis*, 48, 19. THIBAUT, *Ueber das Verhältniss besonderer Sätze des älteren Rechts zu nenen Regeln* (Sul rapporto fra i principii speciali dell'antico diritto e le nuove regole) nelle sue *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile), Heidelberg 1814 n. VII.

24) L. 112 § ult. Dig. *de legatis*, I, 30. Di solito si riferisce il testo ad un onere imposto con giuramento all'onorato. Vedi GLOSSA ACCURSII ad h. l. — CUIACIO ad h. l. *Opera*, tomo VII, pag. 1078 edizione di Napoli. — POTHIER, *Pand. Iust.*, tomo II, pag. 298, n. 145, 1. In fatto è più che probabile che veramente si avesse in mira questo solo; ma gli imperatori dicono in generale che un giuramento contrario al diritto e ai buoni costumi si deve considerare come inesistente nel testamento. Non vi può essere ragione in contrario ad intendere questo principio così generalmente come è scritto, anche perchè è fuor di dubbio che gli imperatori considerano in generale inconciliabile coi buoni costumi qualunque limitazione della libertà di testare. Vedi nota 26. Vedi anche FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXIX, err. 2. — WESTPHAL, *Hermeneutische systematische Darstellung der Rechte von Vermaechtnissen und Fideicommissen* (Esposizione ermeneutica e sistematica del diritto dei legati e fidecommessi), vol. I, § 297.

25) L. 112 § 3 D. *de legatis*, I, 30.

26) HASSE, *Ueber Erbvertrag* (Sul patto successorio), capo I, § 2, n. 2 nel *Rheinisches Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. II, pag. 156 seg. Il principio fondamentale è « nemo sibi potest legem dicere ut a priore

non prova affatto che siano venute a cessare anche altre conseguenze del principio che ciò che contrasta alla libertà e ai buoni costumi non può esser convalidato neppure da giuramento. Noi dobbiamo piuttosto applicare ancora senza esitanza questa regola, che è confermata anche *ad abundantiam* dal diritto canonico [27]), alle disposizioni di ultima volontà: queste non sono rette dai principii in vigore pei patti successori, ma dai principii del diritto romano, colla recezione del quale noi abbiamo accolto anche il principio: *nemo sibi potest legem dicere ut a priore voluntate ei recedere non liceat*.

Gli avversarii però hanno invocato in contrario un testo dell' 8.° libro dei responsi di PAPINIANO:

« Filius matrem heredem scripserat, et fideicommissa tabulis data cum iurisiurandi religione praestari rogaverat, cum testamentum nullo iure factum esset; nihilominus matrem legitimam heredem cogendam praestare fideicommissa, respondi, *nam enixae voluntatis preces ad omnem successionis speciem porrectae videbantur* » [28]).

Lo STRYKIO ne argomenta con altri che la conferma con giuramento abbia sempre gli effetti della clausola codicillare [29]); ma si discute ancora se nel testo si parli del giuramento del testatore o del giuramento dell'erede [30]). Qualunque opinione però si possa avere

---

voluntate recedere ei non liceat » (L. 22 pr. Dig. *de legatis*, I, 30). Anche questa è, come ogni limitazione della libertà naturale o civile mediante testamento o contratto, una disposizione *contra bonos mores* e per ciò non può essere confermata con giuramento come non può esserlo alcun atto contrario alla legge. L. 7 § 16 D. *de pactis*, 2, 14; L. 5 in f. Cod. *de legibus*, 1, 14.

27) Reg. 58 *de reg. iuris* in VI.

28) L. 77 § 23 Dig. *de legatis*, II, 31.

29) SRTYKIO, *Cautelae testam.*, cap. XXIV, § 24 in f. Vedi anche BARTOLO, *Summa h. l.*

30) Qui ci sono tre opinioni diverse. Secondo la prima, il testatore ha giurato che l'erede deve adempiere il fedecommesso; per la seconda il giuramento deve esser prestato dall'erede (Glossa di ACCURSIO ad h. l.); secondo la terza il testatore ha pregato l'erede con giuramento di volere adempiere l'onere impostogli. La prima opinione non è in armonia con le parole *fideicommissa cum iurisiurandi religione praestare rogaverat;* anche la seconda è impossibile senza sforzare molto il significato delle parole; la terza invece non solo appare facile dalle parole, ma anche concorda molto meglio col-

sul senso di questo testo è certo che esso non conferma in alcun modo l'opinione della forza derogatoria della clausola giurata aggiunta a un testamento. Esso non tratta principalmente del caso nel quale ad una prima disposizione confermata con giuramento ne sia seguìta un'altra, ma suppone invece che la prima disposizione non sia stata mutata; questa poi non poteva valere per mancanza di una delle forme richieste pel testamento solenne, ma l'erede istituito in esso era l'erede intestato prossimo, al quale era stato anche ordinato colla clausola giurata di adempiere certi fedecommessi. La validità di questi fedecommessi dipendeva dalla validità del testamento, perchè essi formavano parte di questo e non c'era neppure la clausola codicillare [31]; ma ai tempi dei giureconsulti classici non era prescritta alcuna forma per la disposizione codicillare e poichè la calda preghiera del testatore si poteva in caso di necessità considerare anche come una clausola codicillare, per la quale neppure era prescritta alcuna forma [32], così PAPINIANO pensa che la madre sia come erede

l'insieme dei concetti. Tali formule d'altronde erano, tutt'altro che infrequenti. Vedi per esempio L. 3 pr. D. *de iure fisci,* 49, 14 ove si parla di un testamento nel quale era diretta agli eredi la seguente preghiera: « vos rogo, ut in eo, quod a vobis petii, fidem praestetis, *perque deum ut faciatis rogo* ». — Guido PANCIROLUS *in thesaur. variar. Lectionum,* lib. II, cap. 72. — Sam. SOAREZ a RIBEIRA, *Observ. iur.,* lib. I, c. 8 (in MEERMANI, *Thes.,* t. V, pag. 570) — L. SCHRADER, ad Inst. § 1 *de fideic. hered.* verb.: *per ipsius salutem rogatus.*

31) L. 1 D. *de iure codicillor.* (XXIX, 7)

32) Confr. L. 29 § 1 D. *qui test. fac. poss.,* 28, 1; L. 13 Dig. *de inoff. test.,* 5, 2; L. 88 § 17 Dig. *de legatis,* II, 31. Essa è indicata anche come *verba fideicommissi* o *verba fideicommissorum,* perchè per essa il testamento valeva come fedecommesso: L. 29 pr. D. *qui test. fac. poss.,* 28, 1; L 11 § 1 D. *de legatis,* III, 32. Da ciò si vede che la formula usata non aveva nessuna importanza, bastava soltanto che il testatore avesse espresso la sua volontà che il testamento valesse in ogni caso come fedecommesso, ma ciò appunto nel nostro caso era dubbio. Quando però nei due testi ultimi citati è detto che il testamento non vale nonostante che i *verba fideicommissorum* siano contenuti in esso, non si deve dimenticare che qui si tratta di una scrittura di testamento preparata prima della confezione effettiva di questo; ora perchè la clausola codicillare valga il testatore deve ritenere egli stesso la sua dichiarazione di ultima volontà come completa, o in altre parole deve aver avuto l'intenzione di fare veramente un testamento: « Quoties quis exemplum testamenti praeparat, et *prius decedat quam testetur,* non valent quae scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat ».

intestata tenuta ad adempire i fedecommessi [33]). PAPINIANO non attribuisce certamente il maggior valore alla formula del giuramento come tale, essa però gli serve come prova della volontà certa del testatore che l'onere fedecommissario debba esser adempiuto in ogni caso [34]). Un'altra questione è come si comporti questa decisione di fronte alle nuove prescrizioni sulla forma dei codicilli. La disposizione del testatore non si può considerare un così detto *fideicommissum onerato praesenti iniunctum* [35]), perchè per l'insieme di essa è da ammettere che non solo l'onere fedecommissario, ma anche la clausola di giuramento sia contenuta nel testamento stesso. Certamente questa difficoltà si potrebbe rimuovere facilmente applicando la regola che il Codice deve prevalere ai Digesti, ma bisognerebbe anche supporre in tal caso una trascuranza per parte dei compilatori e una dimenticanza della regola già da lungo tempo nota sulla forma dei codicilli, ciò che è poco credibile. Anche questa decisione pertanto suole considerarsi come un'eccezione alla regola nuova e si ammette che il giuramento del testatore (o secondo altri dell'erede) possa far le veci della forma codicillare [36]). Questo però non è necessario, anzi io ritengo per falsa questa interpretazione, potendosi tutto spiegare semplicemente dal punto di vista del diritto nuovo col dire che il testatore ha voluto fare un testamento solenne, nè ha aggiunto la clausola codicillare, e per ciò si potrebbe anche dubitare della validità dei fedecommessi, ma poichè egli ha espresso con tanta insistenza all'unica erede intestata il suo desiderio che essa li adempiesse, questo equivale alla dichiarazione che il testamento debba valere *omni meliori modo*, come dicevano i vecchi pratici, o con altre parole

---

33) CUIACIO ad L. 77 § 23 D. *de legatis*, II, 31. Giustamente CUIACIO mette qui in speciale rilievo il fatto che la madre fosse l'unica erede intestata, altrimenti l'incarico dato dal testatore non avrebbe potuto considerarsi come diretto agli eredi intestati. Confr. la Glossa di ACCURSIO a questo testo V. *successionis* e FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXIX, err. II, n. 9.

34) « Nam *enixae voluntatis preces* ad omnem successionis speciem porrectae videbantur ».

35) Vedi L. ult. Cod. *de fideicommissis*, 6, 42 e la mia *Doctrina pandectarum*, vol. III, § 685 nota 4.

36) Vedi WESTPHAL, *Vermächtnisse, ecc.* (Legati e fedecommessi), vol. II, § 1364.

all'aggiunta espressa della clausola codicillare [37]. Comunque però si possa determinare il senso di questo testo e il suo significato attuale, è fuor di dubbio che esso non tocca la nostra questione. E così è dimostrato anche che manca ogni fondamento serio all'opinione della forza derogatoria della clausola di giuramento [38] e si deve riconoscere che essa ha anche ora contro di sè la maggior parte degli autori [39].

2.° Molto diversa da questa è l'altra questione circa l'effetto della disposizione del testatore che il suo testamento non possa esser revocato o mutato da un altro testamento, se non quando questo secondo sia fatto in una data forma o abbia un dato requisito [40]. Certo, molte ragioni si possono portare per ammettere che il testamento seguente non debba avere la forza derogatoria quando non sia osservata quella data forma o manchino quei dati requisiti, o almeno quella disposizione del primo testamento non sia stata espressamente abrogata. Perocchè se il testatore avesse per esempio dichiarato in un testamento di per sè valido che esso non dovesse valere se non fosse stato consegnato prima della sua morte all'autorità o al giudice, non si potrebbe dubitare che esso non valesse altrimenti che avverandosi questa condizione. A dir vero il noto principio che un contratto nel quale non siano state osservate le forme

---

37) Non si deve ritenere come identica a questa l'opinione sopra ricordata dello Strykio (vedi n. 29) che la conferma giurata del testamento sia da considerare come una clausola codicillare. Confr. nota 33.

38) Con ragione il Fabro, loc. cit. n. 8 segg., rimprovera Bartolo ed altri che attribuiscono alla clausola *omni meliori modo* o a qualunque altra somigliante gli effetti della clausola derogatoria, perocchè anche un testamento confermato colla clausola codicillare può nondimeno essere revocato da un testamento posteriore.

39) Questa opinione è difesa oltre che dagli scrittori citati anche dal Voet, *ad Pandectas tit. de iniusto, rupto, irrito facto testamento*, § 10, e più diffusamente dal Wernher, *Observationes forenses*, tomo I, parte I, obs. 205 n. 63 e segg. I trattati di rado trattano questo punto. Contro la validità della clausola *adiuratoria* si dichiara Hufeland, *Lehrbuch des gemeinen Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), vol. II, § 1297 in fine, a favore Thibaut, *Pandekten* (Pandette), vol. II, § 976 n. 4, 8.ª edizione.

40) Sam. Stryk, *de cautel. testamentor.*, cap. XXIV, § 55. — Henr. de Cocceji, *Diss.* cit., cap. II, num. 119 e num. 162 segg.

prescritte è inefficace [41]) non è applicabile qui perchè appunto esso si riferisce soltanto ai contratti; ma ciascuno è libero di stabilire le condizioni sotto le quali egli vuole che le disposizioni da lui date siano valide; contro la volontà del testatore non si può tenere in vita un testamento [42]). Soltanto in tal caso si deve lasciare all'erede testamentario la facoltà di provare che il testatore abbia revocato la sua dichiarazione o che sia stato impedito contro la sua volontà di adempiere quella data forma, purchè essa, s'intende, non fosse essenziale al testamento. Ma se si riconosce in generale questa facoltà al testatore, perchè non si dovrebbero riconoscere valide simili clausole a riguardo di disposizioni eventuali future? Si dovrebbe anzi pensare che queste dovessero piuttosto essere favorite in quanto esse possono essere l'indizio che egli tema di poter essere indotto da sollecitazioni a cambiare la sua ultima volontà presente [43]), e difatti ciò si può evitare con una simile disposizione quando coloro che aspirerebbero all'eredità non la conoscono. Nulla di meno è detto nel 7.° libro delle Istituzioni di Marciano:

« Licet in confirmatione codicillorum paterfamilias adiecerit, ut non alias valere velit, quam sua manu signatos et subscriptos, tamen valent facti ab eo codicilli, licet neque ab eo signati, neque manu eius scripti fuerint; *nam ea, quae postea geruntur, prioribus derogant* » [44]).

Alcuno fa un testamento e conferma nel medesimo i suoi codicilli futuri, sotto la condizione però che essi siano suggellati da lui e sottoscritti di propria mano; Marciano dice che i codicilli posteriori valgono anche senza questa forma perchè l'ultima disposizione di volontà vale più della precedente.

Il Westphal non trova alcuna difficoltà in questo testo. Egli non fa che ripeterne il contenuto letterale osservando soltanto che esso dimostra anche che i codicilli non richiedevano una volta alcuna solennità [45]). Ai migliori interpreti però esso è sempre parso dubbio

41) L. 17 C. *de fide instrum.* (4, 21).
42) Cocceji, *Diss.* cit., cap. II, num. 117, 118.
43) C. Manzius, *de test. valido et invalido*, tit. XXII, num. 53. — Voet, *ad Pand. tit. de inj.* etc. *test.*, § 10.
44) L. 6 § 2 D. *de iure codicillor.* (29, 7).
45) *Von Vermächtnissen, ecc.* (Dei legati e fedecommessi), vol. II, § 1882.

anche di fronte ad altri testi i quali dichiarano efficace la dichiarazione contenuta nel testamento che i posteriori legati non debbano valere tutti [46]). Delle diverse interpretazioni [47]) mi limiterò a ricordare le seguenti. Secondo una bisogna distinguere fra clausola derogatoria *solemnitatis* e *voluntatis;* il testo di MARCIANO parlerebbe di quest'ultima, la L. 6 § 2 D. *de iure cod.*, 29, 7 della prima, e poichè la solennità o forma del testamento è di diritto pubblico, una disposizione nuova fatta secondo questa revoca e distrugge senz'altro la disposizione precedente con tutte le sue clausole [48]). Questa distinzione però è priva di significato pratico. In sè è indifferente se il testatore disponga che qualche cosa non deve valere affatto o se disponga che deve valere soltanto sotto determinate condizioni. A prima vista parrebbe anche si potesse dire che la forma del testamento è indipendente dalla volontà del testatore; essa infatti non può aggiungere nè togliere nulla. Ma se si ammette che il testatore possa disporre validamente anche sulla forma, e ciò non è dubbio, queste disposizioni sono parte della sua volontà nè più nè meno di quelle che si riferiscono al contenuto, e queste e quelle quindi sono revocabili tutte negli stessi modi [49]).

Altri fanno ancora la distinzione se la disposizione seguente sia avvenuta nello stesso testamento o in uno diverso, e solo nel primo caso ritengono necessaria una revoca espressa, nel secondo caso la revoca è secondo loro sottintesa, nè di tal caso parla il nostro testo [50]). Per confutare questa opinione occorre ch'io richiami qui la

---

46) L. 12 § 3; L. 14 pr. D. *de leg.*, I; L. 22 pr. D. *de leg.* III.

47) Parecchie se ne trovano indicate benchè brevemente anche nella Glossa di ACCURSIO a questo testo.

48) Questa opinione di alcuni antichi giureconsulti, quali OLDRADO, ANDREA DA PISA e GIASONE DEL MAINO, è riferita e approvata dallo ZASIO ad h. l. n. 5, 6 Opera tomo II, pag. 144 ediz. di Francoforte.

49) Il FABRO si pronuncia contro questa opinione, ma non perchè la ritenga inaccettabile, anzi per la sua tendenza alle sottigliezze scolastiche dovrebbe piacergli, ma perchè il testatore non aveva detto: *Volo quod in codicillis meis requiratur ista solennitas quod ego me subscribam et mea mano signem.* Se ciò fosse avvenuto egli riterrebbe col BARTOLO fondata la distinzione.

50) CHIESI, *Differentiae iuris,* capo XXXI, n. 5 nella *Jurisprudentia romana et attica* di EINECCIO, tomo II, pag. 710.

superiore osservazione secondo la quale, almeno nelle disposizioni testamentarie che possono giuridicamente considerarsi come parte della stessa ultima volontà, nulla importano il luogo e il tempo in cui furono espresse [51]).

Secondo una terza opinione la disposizione: « voglio che i legati da me ordinati in seguito non valgano » forma tutta una cosa colla disposizione che segue poi sui legati, ambedue dunque sono in vigore come un tutto indiviso, anzi la prima non può esistere se non a condizione che i legati siano effettivamente ordinati. Quando invece il testatore fa un secondo testamento o un codicillo senza tener conto della disposizione precedente egli fa conoscere di non voler seguire quella disposizione e la revoca così tacitamente [52]). Quest'argomentazione esposta specialmente dal Fabro con tutta la prolissità e l'acume della scolastica si può però facilmente rovesciare, e si potrebbe dire benissimo invece che la disposizione sulla forma dei codicilli presuppone necessariamente dei codicilli, i quali saranno validi o invalidi secondo che abbiano o no seguito quella forma.

Una quarta opinione parte dal concetto che Marciano ammetta tacitamente una manifestazione di mutamento di volontà o una revoca della disposizione sulla forma dei codicilli futuri e voglia dire semplicemente che una tal revoca è sempre concessa al testatore perchè l'ultima volontà prevale sempre sulla precedente [53]). Non si può negare che questa spiegazione tolga nel modo il più semplice tutte le difficoltà e che non sia neppure in contradizione colle parole della legge; ma se Marciano avesse pensato veramente così sarebbe stato assai facile per lui il dirlo chiaramente e inoltre vi è un altro testo di contenuto assai simile al nostro, il quale tuttavia si presta assai meno a sottintendere un mutamento espresso di volontà del testatore.

« Scaevola, lib. IV *Resp.* [54]): Testamento filium et uxorem suam heredes instituit; postea epistolam scripsisse dicitur, qua et quidquid in peculio habuit filius, ei donavit, et adiecit: se praecipua

---

51) Vedi sopra pag. 114 seg.

52) Fabro, *Errores pragmaticorum,* dec. XXXVII, err. 8 e specialmente err. 9, n. 2, err. 10. Chiesi, loc. cit., n. 7 e segg.

53) Vedi specialmente Voet, ad h. t. § 10.

54) L. ult. pr. D. *de legatis,* II, 31.

haec eum, suique iuris, et post mortem suam habere velle. Quaero, cum testamento significaverit, si quid obsignatum recepisset [55]), id vice codicillorum valeret, epistola autem non sit obsignata, an quae epistola continentur, ad filium pertineant? Respondi: *si fides epistolae relictae constaret*, deberi, quae in ea dare se velle significavit ».

Il testatore avea dichiarato nel suo testamento che le aggiunte suggellate al testamento stesso dovessero valere come codicilli, in seguito egli dona al figlio il suo peculio, ma con un atto scritto aperto. SCEVOLA dichiara tuttavia valida questa disposizione e richiede soltanto la prova della verità dello scritto. Il testo si potrebbe intendere in questo modo: il testatore ha confermato come codicilli le aggiunte suggellate al suo testamento, ma da ciò non segue che le aggiunte non suggellate non debbano valere affatto. Tuttavia è molto più naturale intenderlo nel senso che il testatore volesse ritenere validi soltanto i codicilli suggellati. Si potrebbe piuttosto credere che la scrittura si riferisse a una *donatio inter vivos* nella quale il testatore avesse semplicemente dichiarato che il valore del peculio dovesse esser prestato al figlio dalla sua coerede e non computato nella sua quota di eredità [56]). Ma io confesso che non mi par giusta neppure questa interpretazione, perchè SCEVOLA nella L. 89 e nelle leggi precedenti parla solo di disposizioni a causa di morte. Non resta dunque che attribuire ai giureconsulti romani l'opinione che una prescrizione del testatore sulla forma di un'ultima volontà futura non possa avere alcuna influenza sulla validità di essa: e se ciò valeva pei codicilli, che si consideravano soltanto come parti del testamento già fatto, tanto più dovea valere pel testamento solenne successivo [57]).

---

[55]) Invece di *recepisset* si legge anche *reperisset* o *reperisti*. HOFFMANN, *Meletemata academica ad Pandectas*, diss. XXVI *ad libros XXX-XXXII Observationes variae*, § 2 in fine propone la correzione *praecepisset*, ma non vi è alcun motivo per correggere la lezione fiorentina, quando si riferisca il *recepisset* al figlio, poichè di questo si parla poco prima. Vedi CUIACIO ad h. l.

[56]) Questa opinione viene confermata in certo modo dal fatto che il figlio sia qui designato come *sui iuris*. Per ciò non solo egli poteva ricevere validamente una donazione tra vivi dal padre, ma il lascito del peculio a lui è, com'è noto, favorito essendo stabilito ch'egli lo ritenga sempre quando non gli sia tolto espressamente. L. 31 § 2 D. *de donationibus*, 39, 5

[57]) A. FABER, *Error. Pragm.*, dec. XXXVII, err. 9, num. 2.

Parecchi pratici, pur intendendo in questo modo i testi, aggiungono però la modificazione che ciò sia soltanto secondo lo *strictum ius*, l'equità e il riguardo alla vera volontà del testatore esigerebbero invece che non si riconosca valida la disposizione successiva se il testatore non abbia revocato la sua disposizione limitativa [58]). Questo concetto merita di esser accolto, almeno secondo i principii generali. In ogni caso però il testatore, che voglia veramente l'abolizione di quella disposizione, farà bene a dichiararlo nella disposizione posteriore con una dichiarazione generica o speciale, perchè solo così egli può evitare con sicurezza le liti che altrimenti nasceranno immancabilmente, data la diversità di opinioni e i dubbii cui la cosa è soggetta [59]).

II. Volgiamoci ora alla seconda questione, quella se l'irrevocabilità di un testamento possa essere stabilita per contratto. Non vi dovrebbe essere alcuna difficoltà a rispondere di sì. L'opinione opposta non si potrebbe certamente fondare su testi del diritto romano [60]), perchè il loro contenuto è collegato strettamente col divieto dei patti successorii. Vero è che noi non parliamo qui di veri patti successori, ma di testamenti resi irrevocabili mediante contratto; però

---

58) Vedi Manz, *De testamento valido et invalido*, capo XXII, n. 53. Strykio, *De cautelis testamentorum*, capo XXIV § 55 e gli autori ivi citati.

59) Confr. sopra pag. 110, nota 86. Ciò si può applicare a tutti i testamenti muniti di clausola derogatoria, perocchè sebbene, per la più giusta opinione, non sia necessaria l'abolizione espressa di simili clausole (vedi sopra nota 3 e il testo ivi), poichè una disposizione come quella in discorso è per sua natura differente dalla vera e propria clausola derogatoria, è consigliabile per la diversità di opinioni di non tralasciare la revoca espressa. Confronta Müller, *Dissertatio de testamenti coniugium reciproci mutabilitate*, Gottinga 1760 § 22. In Francia le clausole derogatorie sono proibite da un editto del 1735. Vedi Garnier, *Dissertatio de testamentorum revocatione*, 1830, cap. I, pag. 7.

60) I difensori dell'opinione avversa si fondano specialmente sulla L. 52 § 9 Dig. *pro socio*, 17, 2; L. 61 Dig. *de verb. obligat.*, 45, 1; L. 15 Cod. *de pactis*, 2, 3. Vedi Wening-Ingenheim, *Lehrbuch, ecc.* (Trattato di diritto civile comune), libro V, § 106. — Meier, 4.ª ediz. dello Schweppe, *Röm. Recht* (Diritto romano), libro V, § 869 nota 1. Altri si fondano anche sulla L. 19 Cod. *de test.*, 6, 23, per esempio il Guenther, *Principia iuris romani novissimi*, § 791 nota c. Con ugual ragione però avrebbe potuto invocarsi anche la L. 4 Dig. *de adim. vel transf. leg.*, 34, 4 ed altre molte ancora, perocchè è cosa nota che in diritto romano non sono ammesse le disposizioni di ultima volontà irrevocabili nè i patti successorii.

fu già sopra osservato essere divenuta parte del nostro diritto insieme col diritto testamentario romano la regola *nemo sibi potest legem dicere ne a priore voluntate recedere liceat.* Nell'applicazione alla pratica moderna però questa regola deve riferirsi soltanto alle dichiarazioni unilaterali di ultima volontà, e dove i patti successorii sono ammessi, essi devono essere ammessi anche di fronte ai testamenti o alle disposizioni che abbiano la forma di questi.

Se si vuol contrastare quest'opinione con delle sottigliezze non ne mancano certamente. Ma nella collisione di due concetti giuridici così diversi come i testamenti e i patti successorii la cosa più sicura è di tenersi alle regole più semplici. Per ciò noi ci domanderemo: si giunge forse a conseguenze erronee o a contradizioni inconciliabili quando si faccia obietto di contratto il contenuto di un testamento? Io non saprei quali ragioni potrebbero opporsi a rispondere, no. Si può obiettare bensì che per tal modo il testamento cessa di esser testamento e si muta in un contratto, ma a ciò si può anche rispondere che ciò è vero soltanto per quello che riguarda l'irrevocabilità della disposizione, ma che del testamento resta la forma della dichiarazione di volontà non solo, bensì anche il contenuto essenziale, dal che consegue che in ogni caso l'erede col quale si è concluso un tale contratto si consideri come un vero erede testamentario anche riguardo alle sue obbligazioni, ciò che di solito non si ammette per l'erede contrattuale vero e proprio [61]). Ma se anche una tale differenza non esistesse, sarebbe sempre vero che i patti successorî sono riconosciuti in Germania e perciò anche il contenuto del testamento può alla pari di qualunque disposizione progettata essere confermato mediante contratto [62]). Il nome testamento

---

61) Confr. Hasse, *Rhein. Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. II pag. 212 seg. n. 12.

62) Come infatti un contratto nel quale sia stipulata l'irrevocabilità di un testamento non è ammissibile se non dove siano riconosciuti i patti successorii, così esso è da considerarsi in sostanza come un vero patto successorio (Kind, *Quaestiones forenses,* parte I, cap. 54, pag. 392 seg., nota 9, 2.ª ediz.). Per esso pertanto non sono ammissibili limiti che non valgano anche pei patti successorii e così s'intende da sè che quando per questi siano prescritte certe forme esse debbano osservarsi anche nel patto *de non mutando vel revocando testamento.* — Kind, loc. cit.

non può influire sulla cosa; quella che ha importanza fondamentale è solo la volontà del testatore: ond'è che il maggior numero e i più autorevoli degli scrittori hanno sempre ammesso la possibilità di dichiarare un testamento irrevocabile mediante contratto [63]).

Subbietti di questo contratto sono il testatore e colui che ha un interesse giuridico che il testamento non sia revocato [64]). Il contratto può stipularsi prima del testamento [65]) o dopo o insieme con esso. L'ammissibilità di quest'ultima forma può essere dubbia perchè essa sembra contradire all'unità dell'atto che è requisito essenziale del testamento; e difatti io non saprei come sormontare questo dubbio se l'accordo avvenisse effettivamente durante l'atto del testamento [66]), a meno che non si volesse dire che tutto l'atto vale per effetto del contratto e quindi come un vero patto successorio. Tuttavia l'erede, il quale non appartiene ai testimoni del testamento, può benissimo accettare formalmente la dichiarazione d'irrevocabilità fatta nel testamento, oppure il testatore e l'erede possono convenire su ciò in fine delle tavole testamentarie. Anche una clausola derogatoria aggiunta in un testamento reciproco dai due testatori può considerarsi un

---

63) Mevius *ad ius Lub.*, lib. II, tit. 1 rubr. num. 107. — Ge. Ad. Struve, *Synt. iur. civil.*, exerc. XXX, th. 19 e exerc. XXXVIII, th. 48. — Sam. Stryk, *Cautel. test.*, cap. XXIV, § 15, 16. *Id. in usu mod. Pand.*, lib. XXVIII, tit. 3 § 3, 4. — Leyser, *Med. ad Pand.*, sp. 43, m. 6, 7 e sp. 359, m. 8, 9.

64) La possibilità che questo contratto abbia efficacia anche pei legatarii fu già mostrata sopra al § 1425 *f.* Se esso è concluso soltanto con un legatario, questi solo ha un diritto di credito alla pari di quello che deriva da una donazione fra vivi, il cui adempimento però deve farsi soltanto dopo la morte del donante.

65) Presso i Romani la stipulazione *si heredem me non feceris tantum dare spondes?* non valeva perchè non valevano i patti successorii (L. 61 Dig. *de V. O.*, 45, 1). Da ciò segue che un contratto di questa specie e anche un contratto nel quale un testamento sia dichiarato in precedenza irrevocabile deve oggi esser ritenuto valido. Del resto il contratto « mi prometti di istituirmi erede universale? » non può per sè solo esser considerato un patto successorio perchè manca un obietto sufficientemente determinato e non può per ciò esser luogo ad un'azione per l'adempimento, salvo che vi sia aggiunta una pena convenzionale pel caso d'inadempimento. Arg. L. 94, 115 pr. Dig. *de verb. obl.*, 45, 1. Confr. Hasse, *Sul patto successorio* nel *Rhein. Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. II, pag. 206 seg. n. 6-8.

66) Vedi L. 21 § 3 Dig. *qui test. fac. possunt,* 28, 1, L. 28 pr. Cod. *de test.*, 6, 23. Vedi il § 1414 del *Commentario.*

accordo contrattuale, quando non occorra alcuna forma determinata e non possa nascere alcun dubbio sull'accordo di volontà [67]). Soltanto la teoria che i così detti patti successori misti possano revocarsi unilateralmente come veri testamenti [68]) può suscitare qualche dubbio, perchè noi supponiamo l'esistenza di una disposizione di ultima volontà che abbia tutti i requisiti di un vero testamento e possa per ciò valere come tale. Anche in altri luoghi dove questa particolare teoria vale in tutta la sua estensione, essa ha però il significato che in dubbio si debba ammettere la revocabilità, ma il dubbio cade naturalmente dove si trova una dichiarazione espressa del contrario [69]).

III. Per ciò che riguarda la terza questione, se cioè anche i così detti testamenti reciproci possano essere revocati unilateralmente, non solo noi abbiamo già esposto in altro luogo del *Commentario* il concetto di questi testamenti e i caratteri che li diversificano dai negozi giuridici affini, ma abbiamo già trattato anche nei suoi punti essenziali la questione qui proposta [70]). Tuttavia ho promesso che sarei tornato a trattarne più da vicino nel § 1428 [71]), e ora mi ritengo obbligato ad adempiere quella promessa tanto maggiormente perchè la dissertazione completa del HASSE apparsa di recente giunge a risultati del tutto diversi da quelli prima esposti nel *Commentario* [72]).

---

67) LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, sp. 359 med. 9 seg. Maggiori particolari su questo punto seguiranno fra breve al n. III.

68) Com'è noto, s'intende per patto successorio misto quel contratto nel quale è attribuita ad alcuno l'eredità coll'osservanza delle forme ordinarie del testamento. Il più spesso di tale contratto si fa menzione a proposito delle convenzioni matrimonali e lo si limita anzi a queste sole (vedi sopra § 1247 del *Commentario*); tuttavia è inteso anche nel significato più generale sopra espresso. Confr. i trattati di diritto privato tedesco. Di questo significato più generale si è anche parlato sopra in più luoghi. Vedi § 1425 *f.*

69) STRYK, *Succ. ab int.*, Diss. VIII, cap. 5 § 41. — WERNHER, *Observat. for.*, tomo II, p. II, obs. 451. — LEYSER, *Med. ad Pand.*, sp. 308. — HOMMEL, *Rhapsodiae quaestion.*, obs. 203. Vedi § 1248 del *Commentario.*

70) Vedi il § 1419 *a* del *Commentario*, pag. 41 seg. del vol. precedente n. 2.

71) Vedi pag. 52 del vol. precedente.

72) La letteratura che si riferisce a questa disputa si trova a pag. 42 del vol. precedente nota 8. Aggiungi MUELLER, *Dissertatio de testamenti coniugum reciproci mutabilitate*, Gottinga 1760, e la fine della dissertazione del

Partiamo da questi principii che si possono ormai considerare come sicuri.

I. I testamenti reciproci non sono patti successori, ma veri testamenti [73]) i quali si allontanano dalla regola più comune per ciò che in essi parecchi testatori testano insieme in un solo atto solenne istituendosi eredi reciprocamente [74]).

Hasse sul testamento reciproco, il testamento su beni in comunione e il fedecommesso imposto a una eredità aliena, nel volume III del *Rheinisches Museum* (Museo renano di giurisprudenza), pag. 490-551.

73) Vedi pag. 52 seg. del vol. precedente.

74) La dottrina moderna ha complicato la teoria del testamento reciproco con concetti ed espressioni artificiose, che evidentemente non appartengono alla vita, ma sono creazioni arbitrarie; cosa che troppo spesso accade nella nostra scienza. Così, per esempio, si distingue fra *testamenta simultanea* o *mutua* o anche *duplicia*, e *test. reciproca*, riferendo la prima designazione al modo della confezione, la seconda al contenuto; in altre parole *test. simultaneum* o *mutuum* è quello fatto da parecchi in un solo atto, *test. reciprocum* quello nel quale i testatori si sono istituiti reciprocamente eredi. Le due specie di testamento possono essere unite, ma vi possono essere testamenti reciproci che non siano simultanei e viceversa più persone possono testare in uno stesso atto senza istituirsi erede l'una l'altra. Lo stesso si dica pei testamenti correspettivi (Confr. Harprecht, *Diss. de testamentis correspectivis*, § 4, num. 27 segg., § 33, num. 319 segg. — Kreitmayr, *Anm. über den Cod. Maximil. Bavar.* (Osservazioni sul Codex Max. Bavaricus) P. III, cap. IV, § 21, n.° 2. — Hofacker, *Princip. iur. civil. Rom. Germ.*, tomo II § 1360). Queste distinzioni sono entrate anche in alcuni diritti particolari, come ad esempio nel *Codice bavarese*, parte III, cap. 4 § 11, probabilmente però, come tanti altri concetti scolastici senza che la pratica se ne sia particolarmente accorta. Nella gran quantità di testamenti reciproci, che ho visto negli atti o che ho sentito pubblicare, non me n'è capitato neanche uno che non fosse fatto in un solo atto o non contenesse l'istituzione di erede vicendevole. Il *Diritto territoriale prussiano* poi pone l'unità dell'atto fra le condizioni di validità di simili testamenti. Parte II, tit. 1, § 483. Del resto la stessa incertezza che si riscontra nell'applicazione e nella indicazione di questi concetti prova quanto poco sia sicura la cosa. I più degli scrittori non si esprimono in modo preciso, ma indicano solo approssimativamente che le particolarità del testamento reciproco non dipendono dall'unità dell'atto. Altri oppongono i *test. duplicia* o *simultanea* ai mutui o reciproci, benchè in fatto queste due espressioni non dovrebbero veramente indicare concetti diversi. Vedi, per esempio, Griesinger, *Commentar über das Würtembergische Landrecht* (Commentario al diritto territoriale del Würtemberg), parte III, tit. 7 § 52, vol. V, pag. 190 seg. Anche astrazione fatta da tutto ciò io credo però che molto difficilmente il concetto da me sopra esposto si potrebbe far passare per un concetto di di-

II. Questi testamenti sono indipendenti l'uno all'altro di modo che l'uno può restare in vigore e l'altro cadere, per esempio per

---

ritto comune. Difficilmente avrebbe potuto svolgersi un diritto particolare dal fatto che parecchi si fossero istituiti reciprocamente eredi in testamenti diversi; ciò avrebbe potuto dare soltanto occasione a ricercare se tali istituzioni di erede non cadessero sotto il concetto delle istituzioni captatorie, una questione questa risolta negativamente da Papiniano nella L. 70 D. *de her. inst.*, 28, 5. Ma se ciò avveniva in un medesimo testamento si aveva una deviazione dalla regola che più testamenti non possono esser fatti in uno stesso atto. Un'altra deviazione da questa regola era già riconosciuta da lungo tempo nella possibilità di congiungere il proprio testamento con quello che il padre faceva pel proprio figlio impubere, che è quanto dire nella sostituzione pupillare, ma quanto saldamente si tenesse ancora alla regola appare dalla dichiarazione che anche in questo caso siano in certo senso due testamenti o, come dicono Gaio, II, 180 e Giustiniano § 2, I. *de pup. subst.* 2 16, *unum est testamentum duarum causarum.* Ma una deviazione assai più grave dalla regola sta nel fatto che più testatori facciano i loro testamenti in un medesimo atto; questa anomalia, una volta ammessa, avrebbe potuto giustificarsi soltanto per la circostanza che i varii testamenti fossero collegati fra loro pel contenuto essenziale. Un caso simile era stato portato alla decisione dell'imperatore Valentiniano III, il quale dispose che l'istituzione di erede reciproca fatta dai testatori nello stesso atto per vicendevole animo di beneficenza doveva esser valida (Nov. 63 nel *Jus civile anteiust.* ed. Berlino, pag. 1320 seg. Vedi anche pag. 43 del vol. precedente). Questa costituzione non è stata accolta nel codice di Giustiniano, ma su di essa sopratutto si è fondato il diritto dei testamenti reciproci. Ma qualunque cosa si pensi su ciò noi dobbiamo tenerci nella costruzione di concetti di diritto comune al principio ben noto che nei concetti anomali bisogna allontanarsi il meno possibile dalle regole di diritto vigenti. Arg. L. 35 pr. Cod. *de inofficioso testamento*, 3, 29. Applicando questo principio risulta che, quando il contrario non sia ammesso da un qualche diritto particolare, *a*) più testatori non possono in un medesimo atto fare diversi testamenti che non sieno fra loro collegati per il contenuto, perocchè ciò sovvertirebbe del tutto la regola; *b*) più testamenti fatti in altrettanti atti diversi possono esser messi fra loro in rapporto, qualunque sia il contenuto di ciascuno, ma con l'unirli in un atto comune diviene anche possibile di trattare parecchi testamenti in certi riguardi come un unico atto giuridico. Mentre invece non si può senza distruggere pienamente tutti i principii giuridici congiungere in uno solo due atti di volontà che siano anche esteriormente separati. Del resto noi dovremo in seguito per ragione di connessione tornare ancora a parlare dei così detti testamenti corrispettivi separati. Osservo poi per non essere frainteso che quanto ho detto qui sull'unità dell'atto nei testamenti reciproci veri e proprii si riferisce soltanto all'atto solenne, non al documento che contiene il testamento e quindi può

violazione del diritto degli eredi necessari senza che questo abbia influenza sull'altro. Spesso però è dichiarato espressamente oppure deve ammettersi secondo le circostanze che simili testamenti debbano esistere soltanto tutti due insieme e allora si chiamano correspettivi [75]).

Se dunque i testamenti reciproci debbono per la loro essenza essere considerati come due diverse disposizioni di ultima volontà ne consegue la possibilità di revoca unilaterale per parte di ciascuno dei loro autori. Questa non è esclusa neppure dalla correspettività, ma in tal caso la revoca di un testamento porta con sè la invalidità dell'altro, mentre ciò non avviene nei testamenti reciproci ordinarii. Tuttavia alcuni scrittori illustri difendono l'opinione che i testamenti reciproci, almeno correspettivi, non possano revocarsi unilateralmente [76]). Questa affermazione così generale manca di ogni fondamento. I testamenti reciproci sono vere anomalie e si può concedere volentieri che l'uso del diritto tedesco di stipulare nelle convenzioni matrimoniali anche il diritto di eredità vicendevole dei coniugi, e in generale il diritto dei patti successori abbiano dato origine in Germania al sorgere di tali testamenti [77]), ma non per questo

---

anche ciascuno dei testatori avere espresso la propria volontà in uno scritto speciale; basta che l'atto solenne sia unico. Confronta GRIESINGER, loc. cit., pag. 190 n. *u*.

75) Vedi pag. 50 e segg. del volume precedente. La designazione testamento correspettivo deriva dal fatto *quod alter actus alterius respectu celebratus sit* (HARPRECHT, *De testamento correspectivo*, § 2 n. 11 e segg.). Gli effetti di esso sono in genere determinati, se non con le parole stesse, nel senso stesso che nel testo. Vedi HARPRECHT, loc. cit., § 9 n. 78 e segg. — HOFACKER, *Principia iuris civili romani-germanici*, tomo II, § 1360 n. III. — THIBAUT, *Pandekten* (Pandette), § 955. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto di successione), § 77.

76) L'irrevocabilità di tutti i testamenti reciproci è sostenuta dallo STRYKIO, *Diss. de testamentis coniugum reciprocis*, § 74 segg., da BÜLOW e HAGEMANN, *Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit* (Dissertazioni pratiche su varie parti della giurisprudenza), vol. IV, n. XXXIX. — PUCHTA, *Handbuch des gerichtlichen Verfahrens der freiwilligen Gerichtsbarkeit* (Manuale della procedura nelle materie di volontaria giurisdizione), vol. II, § 210, 2.ª ediz.; quella dei testamenti correspettivi dallo STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, ex. XXXII, th. 43 e dal KLEIN, *Rechtssprüchen der Hallischen Iuristen-Facultät* (Decisione della facoltà giuridica di Halle), vol. I n. 12.

77) Confr. nota 74. HASSE, *Rheinisches Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. III, pag. 245 e la pag. 49 del volume precedente del *Commentario*.

essi divengono veri patti successorî [77 a]), anzi nei diritti particolari essi ne sono bene distinti [78]). Ora se si riconosce ad essi il carattere di testamenti, la conseguenza vuole che vi si applichi anche come regola il principio della revocabilità unilaterale della disposizione di ultima volontà; e questa infatti è sempre stata l'opinione comune [79]).

Questa regola però appunto in riguardo ai testamenti reciproci soffre alcune eccezioni, delle quali una specialmente deve essere ricordata qui perchè vale in generale per tutti questi testamenti. L'aggiunta della clausola derogatoria ha in essi, secondo l'opinione più logica, l'effetto di un contratto col quale il testamento è dichiarato irrevocabile. Non mancano a dir vero avversari di questa opinione [80]),

---

77 a) Confronta Hasse, loc. cit., pag. 260 n. 18. Le giuste osservazioni del Hasse sulla scarsa logica di parecchi scrittori i quali vogliono trovare il contratto nelle parole che ordinariamente si premettono ai testamenti reciproci di *essersi decisi*, ecc., sono giustificate anche dalle parole del Klein, il quale nelle citate Decisioni della facoltà giuridica di Halle, vol. I, n. 12 pag. 99 e segg. dice che dalla dichiarazione che « *i coniugi testatori sono d'accordo venuti nella decisione, ecc.* » appare che la loro volontà, pur non avendo la forma di un contratto, presuppone l'esistenza del contratto.

78) Vedi, per esempio, *Diritto territoriale del Würtemberg*, parte III, tit. 7, § 4, *Codice bavarese*, parte III, capo IV, § 11 n. 7; *Diritto territoriale prussiano*, parte II, tit. I, § 485; *Codice civile austriaco*, § 1248. Del resto questi ultimi due codici si limitano ad ammettere questi testamenti espressamente pei soli coniugi (*Diritto prussiano*, parte I, tit. 12 § 614, parte II, tit. 1 § 482; *Codice austriaco*, loc. cit.); e in altri sono proibiti del tutto. Vedi per esempio *Diritto di Lubecca*, libro II, tit. I, art. 10.

79) Fra i molti scrittori d'accordo su questo punto mi limito a citare Mevii, *Decisiones* parte IX, dec. 148 e *Comment. ad jus Lub.*, parte II, tit. 1, art. 10, num. 31 segg. — Jo. Voet, *in Comment. ad Pand.*, tit. *de inj. rupto irr. f. test.* § 11. — Stryk, *in usu moderno Pand.*, h. t. § 5. — Leyser, *Med. ad Pand.*, Sp. 359, m. 3 segg. — Müller, *Diss. de test. con. recipr. mutabil.*, § 14 segg. — Mich. Godofr. Wernher, *Lectiss. comment. in Pand.*, h. t. § 10. — Müller, *Obs. pract. ad* Leyserum, t. III, obs. 632. — Weber, *Erläuterung der Pandekten* (Spiegazione delle Pandette), tit. V, libro 28 § 1414. Vedi anche il volume precedente del *Commentario*, pag. 53 e segg. n. 2 e Hasse, loc. cit., il quale in tutta la sua dissertazione sostiene la revocabilità unilaterale. Anche i diritti particolari citati alla nota 78 concedono la revoca unilaterale benchè in parte sotto certe condizioni.

80) Appartengono a questi Ulr. Huber, *in Praelect. ad h. tit. Pand.*, § 4. — Harprecht, nelle *Diss. de test. correspectivis*, § IX (m. 78 segg.), § XII

e difatti essa sembra a prima vista, anzi che la più logica, essere la più illogica. Se infatti si tenga fermo soltanto il principio che i testamenti reciproci esistono indipendentemente l'uno dall'altro sembra giustificata la conclusione che la clausola derogatoria non possa valere in essi più che nei testamenti semplici.

Ma la possibilità di unire più testamenti in un unico atto e con un'unica solennità dà alla cosa un altro indirizzo. Un testamento semplice non è un negozio che si concluda con altri, in altre parole è un negozio unilaterale e non bilaterale, e per ciò l'erede istituito non può acquistare per effetto della clausola derogatoria nessun diritto che il testamento stesso non gli darebbe; nel testamento reciproco invece vi è come base una promessa di vicendevole istituzione d'erede; questa promessa non ha di regola gli effetti di un contratto perchè in dubbio deve ammettersi che i testatori scegliendo questi modi di disposizione avessero anche in animo che si avverassero gli effetti stabiliti dal diritto dei testamenti; ma se la promessa d'istituzione di erede sia stata formalmente accettata da ambe le parti, non si può neppur dubitare che si abbiano anche gli effetti contrattuali e quindi l'irrevocabilità della disposizione, perocchè una tale colleganza del diritto testamentario e del diritto contrattuale è possibile anche nei testamenti semplici (Vedi sopra a pag. 134 seg). Se adunque ambedue i testatori aggiungano alla loro disposizione la clausola derogatoria, abbiamo in essa in primo luogo una dichiarazione precisa esclusiva di quel dubbio sugli effetti della disposizione, ma secondariamente questa dichiarazione è contenuta in un atto comune alle due parti e per ciò essa può essere definita giuridicamente come un consenso, pel quale non è necessaria alcuna forma

---

(num. 98 segg.), *Diss. de reciproci inter conjuges sed coacti testamenti revocatione* cap. 1, § IX segg., il quale sostiene che neppure il patto *de non revocando testamento* è valido. Anche il Leyser, *Meditationes ad Pandectas*, Spec. 359, m. 9, riconosce come valido il patto *de non mutando testamento* solo a riguardo del patrimonio del sopravvivente. Ma in tal modo egli viene a negare a questo ogni efficacia, perchè s'intende da sè che il sopravvivente non può toglier nulla al terzo di ciò che gli tocca del patrimonio del predefunto in virtù del testamento reciproco. La revocabilità incondizionata è difesa anche dal Mueller, *Diss.* cit., § 18.

determinata neppure nei contratti veri e proprii, bastando solo la volontà concorde di ambe le parti. Se pertanto alla clausola derogatoria nei testamenti reciproci si attribuisce l'effetto di un contratto, è il caso di applicare la regola secondo la quale, ove non vi siano ragioni speciali in contrario, il negozio giuridico deve sempre interpretarsi in modo ch'esso sia per valere coerentemente alla volontà dei suoi autori con la maggiore efficacia possibile [81]).

Se dunque al testamento non sia aggiunto un patto d'irrevocabilità o una clausola ad esso equivalente, ciascuna delle parti può revocare la sua ultima volontà, almeno fin che tutti e due siano in vita e nessuno sia divenuto erede dell'altro. È molto discusso però se questo possa avvenire anche quando il sopravvivente sia già divenuto erede dell'altro e nel testamento vi siano disposizioni a favore di terzi. Questo può avvenire in tre modi: o il sopravvivente è semplicemente onerato di legati particolari, o egli ha un coerede, o infine gli è ordinato che tutto il patrimonio dopo la morte di lui debba andare a terzi determinati, il più spesso ai parenti dei due testatori. Tralasciamo le modificazioni accessorie possibili in queste disposizioni [82]) perchè i principii su cui si fonda la decisione sono sempre i medesimi e limitiamoci a considerare qui più da vicino l'ultimo caso che è anche il più frequente.

A e B s'istituiscono reciprocamente eredi colla disposizione che il loro comune patrimonio andrà dopo la morte dell'ultimo a certe persone nominate nel testamento [83]). Si potrebbe interpretare questa

---

81) L. 12 D. *de rebus dubiis*, 34, 5. — Paolo Voet, *Comm. ad tit. Inst. de test. ord.*, n. 5.

82) Per esempio il sopravvivente è nominato erede insieme con un terzo e quello è sostituito a questo, ma il suo diritto è limitato all'usufrutto sull'intero patrimonio perchè gli eredi intestati di ambe le parti devono avere tutto il patrimonio. Vedi il caso in Leyser, Sp. 359 m. 11.

83) Talvolta i testatori hanno di mira soltanto lo scopo finale della loro disposizione, e l'istituzione d'erede reciproca non è espressa in modo chiaro, ma la si sottintende, la qual cosa, se non vi può esser dubbio sulla volontà del testatore, per diritto moderno equivale ad una vera istituzione. Così è nel caso riferito dal Klein, *Decisioni della facoltà giuridica di Halle*, vol. I, n. 12, dove nel testamento era detto soltanto « Istituiamo a nostra sola e vera erede la N. N. col patto che essa debba ricevere ed avere il possesso di

disposizione nel modo seguente: gli eredi necessarii sono sostituiti direttamente al testatore predefunto, fedecommissariamente al sopravvissuto, in altre parole essi divengono eredi diretti del sopravvivente per ciò che riguarda il patrimonio di lui, perchè il predefunto istituito da lui non ha potuto divenire erede, divengono eredi fedecommissari del predefunto dei quali il sopravvivente è divenuto erede [84]). Se questa fosse veramente la volontà dei disponenti la decisione sarebbe assai semplice. Il sopravvivente potrebbe disporre diversamente del proprio patrimonio tanto per atto *mortis causa* quanto per atto fra vivi e solo riguardo all'eredità del premorto sarebbe limitato il suo diritto di disporre come avviene in genere per tutti gli eredi fiduciari. Ciò che importa sopra tutto però è di conoscere il tenore della disposizione e la volontà del testatore [85]). Ma in dubbio si deve ammettere che ciascuna delle parti abbia ritenuto che l'altra si contenterà di non cambiare disposizione; se dunque è decisiva qui l'intenzione dei disponenti non è certo da favorirsi un'interpretazione per la quale uno divenga erede dell'altro, restando però libero di disporre a suo piacere del proprio patrimonio [86]). Questa è anche in complesso l'opinione co-

tutta la nostra eredità al tempo in cui saremo morti tutti due ». Appartengono anche a questa categoria i numerosi casi nei quali al sopravvivente è lasciato soltanto l'usufrutto. Vedi Canngiesser, *Decisiones supremi tribunalis appellationis Hasso-Casselani,* tomo I, n. 43. Le dispute ben note sul punto se un tale usufruttuario si debba considerare come un vero erede possono essere trascurate qui, perchè non hanno nessuna importanza essenziale per la nostra questione. Vedi infra § 1441 e sopra § 632, vol. IX pag. 185 seg. dell'edizione tedesca.

84) Confr. Hasse, loc. cit., pag. 262 nota 23, pag. 269 nota 25.

85) « De interpretatione voluntatis omnis quaestio est, et in ea ita versandum, ut non temere sententiam dicamus, nisi coniunctis et consultis omnibus, quae ubique in testamento occurrunt »; « Largior, voluntatem coniugum in eiusmodi testamento utramque paginam facere », dice Corn. Bynkershoek nelle *Quaestiones iuris privati,* lib. III, cap. 10 in f. *Opera,* II, pag. 364 *b,* 366 *b,* dove egli osserva in ogni caso che nel dubbio non deve ammettersi che i testatori abbiano considerato i rispettivi patrimonii come due masse distinte.

86) Hasse, loc. cit., pag. 270. In moltissimi casi si aggiunge la circostanza che i testatori rimettano al sopravvivente l'obbligo di dare cauzione o di compilare un inventario, oppure gli concedono la libertà di disporre. Il Hasse dà una particolare importanza a questa circostanza, ma essa non è necessaria per poter ammettere come fondata la congettura accolta nel testo.

mune dei nostri scrittori, vale a dire che essi ammettono che sia una semplice *quaestio facti* il sapere che cosa deve restituirsi e in qual tempo deve farsi il computo del patrimonio da restituire e che possa per ciò esser preso come punto di partenza tanto il momento della morte del primo defunto quanto il momento della confezione del testamento [87]); ma se la disposizione è così generale come fu esposto sopra, le due masse ereditarie si devono considerare come una sola e le parti di questo complesso esser determinate secondo il tempo della morte dell'ultimo defunto, computando in esso anche i nuovi acquisti fatti da quest'ultimo per qualunque titolo [88]). Ond'è che si ammette anche in generale, e con ragione, che nei casi di questa specie la correspettività del testamento sia sottintesa, vale a dire che il riguardo avuto da ciascuna delle parti alla disposizione dell'altra sia così prevalente che la intera disposizione o debba valere come fu espressa o non debba valere affatto [89]).

Si domanda però fino a qual punto sia possibile che i testatori dispongano su tutti e due i patrimoni, vale a dire ciascuno sul suo

---

[87]) Vedi pag 58 del volume precedente.

[88]) Vedi HASSE, loc. cit., pag. 274 e sopra pag. 58 del volume precedente. Davanti ai tribunali si è sostenuto non di rado che per regola si debba guardare al momento della morte del primo defunto; è facile scorgere però che le ragioni addotte a sostegno debbono la loro origine al semplice riguardo ai vantaggi od ai danni individuali. Se per esempio marito e moglie istituiscono in un testamento reciproco come ultimi eredi del patrimonio comune gli eredi intestati di ambedue, e la moglie sopravvivente riceve poi delle eredità o dei legati notevoli, gli eredi di lei diranno di solito essere iniquo che essi debbano dividere a parti uguali il patrimonio totale con gli eredi del marito. Ma il conto che si deve fare di questi argomenti di equità si vede tosto quando si rovesci l'ipotesi e si ammetta per esempio che per disgrazia o per colpa della moglie il patrimonio si trovi alla morte di questa notevolmente diminuito.

« Cum ambo testarentur, incertum, quis primum moreretur, incertum forte, utri maior successionis spes affulgeret, et propter illam incertitudinem aequius melius visum est, iure reciprocationis ad usque mortem superstitis omnia invicem communicatum iri », dice il BYNKERSHOEK, *Quaestiones iuris privati*, lib. III, c. 10, citando anche parecchi casi pratici assai istruttivi.

[89]) Confr. HARPRECHT, *Diss. de testamentis correspectivis*, § XXI n. 223 seg. § 50 seg. — HASSE, loc. cit., pag. 271, pag. 51 del volume precedente del *Commentario* e gli autori citati ivi alla nota 28.

e su quello dell'altro, e quale effetto abbia simile disposizione. Le risposte che si son date a queste domande sono assai diverse. Il BYNKERSHOEK cerca di spiegare la cosa dal punto di vista di una comunione continuata di beni tra il sopravvivente e il secondo erede del defunto. Dalla perduranza di questa comunione consegue secondo lui che anche gli acquisti del sopravvivente appartengano prima e dopo al patrimonio complessivo al quale l'erede successivo ha un diritto, ma crede anche che il sopravvivente possa disporre della metà di questo complesso, l'altra metà restando agli eredi successivi, ai quali non può esser tolta nè per atto fra vivi nè per atto a causa di morte. All'obiezione che la società cessa con la morte di uno dei soci egli risponde che questo vale soltanto per la società romana, non per la comunione di beni matrimoniali dei nuovi diritti; al rimprovero anche più serio che così si suppone sempre una comunione di beni fra i testatori risponde molto brevemente che la disposizione testamentaria non può avere altro significato nè egli vede perchè debba essere proibito ai testatori di costituire un simile rapporto fra il sopravvivente e gli eredi successivi [90]). Contro questa teoria però stanno gli argomenti più gravi. Lasciamo andare che così si suppone sempre che il testamento reciproco sia di due coniugi mentre un tale testamento può essere fatto anche da persone diverse e limitiamoci invece alle osservazioni seguenti: in primo luogo qui non si può applicare il diritto della *communio bonorum prorogata legalis* perchè esso si applica soltanto ai figli i cui genitori hanno vissuto in comunione di beni [91]). In ogni caso poi si devono sempre escludere gli acquisti futuri, oppure si deve riconoscere il medesimo diritto a tutti i compartecipi della comunione e non soltanto un diritto all'erede successivo sugli acquisti futuri del sopravvivente [92]). In breve si giunge così ad un risultato del tutto

---

90) *Quaestiones iuris privati,* lib. III, c. 10, *Opera*, t. II, pag. 365, 366 *b*. Del resto sembra che anche il PUFENDORF, *Observationes iuris,* t. IV, obs. 53, aderisca a quest'opinione.

91) Vedi EICHHORN, *Einleitung in das deutsche Privatrecht* (Introduzione al diritto privato tedesco), § 309, n. II. — MITTERMAIER, *Grundsätze, etc.* (Principii di diritto privato tedesco), § 354.

92) Le opinioni dei germanisti su questo punto sono altrettanto varie

diverso da quello ammesso dal BYNKERSHOEK e dalla evidente volontà del testatore. In secondo luogo è anche altamente arbitrario voler riconoscere in questo modo la possibilità giuridica di una disposizione testamentaria sul patrimonio di un altro. Se essa esisteva già non occorre cercare ad essa un fondamento giuridico, ma nel caso opposto una simile disposizione non può essere fondata nè giustificata pel fatto che si sia voluta la continuazione di un rapporto che non esisteva o ha cessato di esistere con la morte. Anche il patrimonio che fa parte della comunione può bensì essere oggetto di disposizione testamentaria, ma solo nel senso che ogni comunista dispone della sua parte ideale, disposizione nella quale non può essere limitato dall'esistenza della comunione [93]). Anche nel testamento reciproco dei coniugi che vivono in comunione le cose non vanno diversamente. Si consideri qui che i coniugi abbiano ciascuno una parte ideale, o si ammetta che essi costituiscano insieme una persona giuridica, la disposizione sul patrimonio comune non può significare altro che disposizione sulla parte che toccherà dopo lo scioglimento della comunione, e non può toccare che gli acquisti futuri del sopravvivente [94]). Quindi anche una comunione di beni

---

(Confr. EICHHORN, loc. cit., § 309. — MITTERMAIER, § 354 n. III, VIII. — MAURENBRECHER, *Lehrbuch, etc.* (Trattato di dirito privato tedesco), § 496, n. 1, 3-5) quanto le disposizioni dei singoli diritti particolari. Ma in dubbio si deve stare a ciò che è il risultato della logica nè si deve, come spesso accade, spacciare per diritto comune ciò che è semplicemente la disposizione di questo o quel diritto particolare.

93) Così dispone il diritto romano nella L. 1 Cod. *qui test. fac. poss.*, 6, 22 dove GORDIANO rescrive:

« Quamquam omnium bonorum socer tuus itemque frater eius socii fuerint tamen non eo minus idem frater eius, cum fati munus impleret, testamento suo potuit sibi heredem instituere, quem vellet. Item non idcirco minus is testamentifactionem habet, quod indivisam successionem cum sorore sua dicatur habuisse ».

Lo stesso vale per la comunione fra coniugi del diritto moderno. Confr. MITTERMAIER, *Grundsätze, etc.* (Principii di diritto privato tedesco), § 351, n. III. — MAURENBRECHER, *Lehrbuch* (Trattato di diritto privato tedesco), § 493 nota 9. — HASSE, *Diss.* cit., pag. 492 seg. n. 34.

94) Confr. HASSE, loc. cit., pag. 491 seg. n. 33. Solo di passaggio può qui esser toccata la questione se il coniuge sopravvivente possa revocare per la sua parte la disposizione fatta a favore di terzi. Il HASSE considera il patri-

esistente fra i testatori non giustifica simili disposizioni, onde anche il BYNKERSHOEK si è trovato costretto all'ipotesi infelice di una comunione di beni prorogata mediante il testamento; ma presentendo l'insufficienza di questa ipotesi egli stesso concede che la disposizione in discorso si possa anche considerare come un fedecommesso universale aggiunto a un lascito vicendevole nel quale l'adizione dell'eredità obbliga il sopravvivente ad adempiere la disposizione sino alla metà del patrimonio comune [95]. Ma ciò non è affatto logico. Se l'adizione dell'eredità ha l'effetto che il sopravvivente debba osservare la disposizione anche per ciò che riguarda il suo proprio patrimonio, egli è obbligato a riconoscerla completamente; se ciò non è essa può obbligarlo soltanto per la parte che gli è pervenuta dal patrimonio del predefunto.

Infatti il modo migliore di interpretare la volontà del testatore è quello di ritenere la disposizione come un fedecommesso universale

---

monio comune lasciato alla morte di uno degli sposi come l'eredità di una persona giuridica, la quale avendo disposto per testamento e poi essendo perita per la morte di uno degli sposi, il patrimonio totale deve, secondo lui, spettare all'erede successivo, ben inteso però se alla morte del primo tutto il patrimonio complessivo fosse indicato nel testamento come oggetto della restituzione futura. Confesso che io non posso adattarmi volentieri a quest'idea della persona giuridica capace di testare e di essere ereditata. D'altronde se si concede, come fa anche il HASSE, ad ognuno dei coniugi viventi in comunione il diritto di fare un testamento per sè solo, anche il testamento reciproco di ambedue non può avere che gli effetti ordinarii. Per conseguenza la decisione di quella questione dipende dagli stessi principii che valgono per il rapporto di cui qui ci occupiamo. E per ciò mi sembra più logica l'opinione dell'HARPRECHT, *Diss. de reciproci testamenti inter coniuges revocatione*, cap. I § 14, il quale ammette come il HASSE che la disposizione del premorto non obblighi il sopravvivente per la sua parte di patrimonio e riconosce in questo il diritto di disporre come gli piace della parte che gli tocca dopo sciolta la comunione.

95) Loc. cit. in fine:

« Si autem omnino velis, eiusmodi testamentum incidere in causam fideicommissi . . ., nescio, an adhuc res salva sit; sic enim diceres, superstitem ex aditione hereditatis primum defuncti, atque adeo ex quasi contractu obligatum esse *semissem* communis patrimonii, quod ipse relicturus esset, restituere heredibus coniugis praedefuncti ».

Così a un dipresso intendono la cosa anche HOMMEL, *Rhapsodia quaestionum*, obs. 659 n. 6 seg. — QUISTORP, *Rechtliche Bemerkungen* (Osservazioni giuridiche), parte II, n. XVI.

del quale il patrimonio di ambedue è gravato a favore degli eredi successivi. Questo modo di considerare la cosa è anche il più comune [96]); ma ancora non è risolta la questione sugli effetti di questa disposizione, se cioè il sopravvivente sia per essa obbligato o se possa disporre liberamente ora come prima del patrimonio suo proprio.

Tralasciando le opinioni intermedie, alle quali appartiene anche quella citata del BYNKERSHOEK, dobbiamo qui occuparci delle due principali. Secondo una di esse il sopravvivente mantiene il suo diritto di libera disposizione sul suo patrimonio e soltanto deve restituire ciò che ha ricevuto dal testatore premorto; secondo l'altra egli deve adempiere la disposizione in tutto il suo contenuto, ben inteso quando l'abbia accettata con l'adizione dell'eredità, perchè non si deve dimenticare che qui non è più il caso d'irrevocabilità incondizionata dei testamenti reciproci, ma secondo l'opinione sopra dimostrata, ognuno ha durante la vita di ambedue e fino all'acquisto della eredità il diritto di revocare la propria disposizione. Se pertanto il sopravvivente dispone diversamente, deve anche secondo la prima opinione restituire tutto ciò che ha ricevuto dal patrimonio del primo defunto insieme coi frutti come se non fosse mai divenuto erede di lui; nel resto la sua disposizione è pienamente valida, mentre secondo l'altra opinione non dovrebbe valere affatto.

Come difensori della prima opinione dobbiamo nominare qui il HARPRECHT [97]) e il HASSE [98]) [99]). Gli argomenti che si portano per questa

---

96) La maggior parte degli scrittori che trattano la nostra questione o esprimono apertamente questa opinione o la presuppongono. Confr. sopra pag. 54 del volume precedente n. 4. Secondo un'opinione assai diffusa fra gli scrittori francesi e belgi tutta l'eredità deve considerarsi come una *mortis causa donatio*. Essi ammettono che si possano donare *mortis causa* anche le cose altrui col consenso del proprietario e che sia permesso far dipendere questa donazione così dalla morte del terzo come dalla morte del donante: da ciò segue che per la morte di una sola delle parti l'intero negozio diviene irrevocabile, perchè colui che ha validamente donato pel caso di morte dell'ultimo sopravvivente il patrimonio di questo e il suo insieme non esiste più e quindi non può più esercitare il diritto di revoca. — Vedi HASSE, *Diss.* cit., pag. 494 seg. n. 36-40.

97) *Diss. de testamentis correspectivis*, § 31 segg., e *Diss. de reciproci inter coniuges testamenti revocatione*, cap. I, § 11.

98) HASSE, *Diss.* cit., pag. 269, n. 25 e pag. 490 sino alla fine.

99) Confr. MUELLER, *Diss. de testamenti coniugum reciproci sublilitate*, § 17,

opinione sono che nessuno può fare un testamento per un altro, nè legarsi le mani per il futuro [100]). Ma poichè il testamento è correspettivo, esso non può valere neppure a favore di colui il quale non voglia più rispettare la volontà da lui prima dichiarata. E in tal caso la disposizione che riguarda il patrimonio del premorto gioverà agli eredi successivi nominati nel testamento oppure si farà luogo riguardo a quella parte di patrimonio alla successione intestata? Quest'ultima opinione è seguita dai due scrittori ultimi nominati: essi ritengono che la correspettività abbia l'effetto di una condizione risolutiva apposta alla disposizione del testatore premorto quando il sopravvivente non voglia per parte sua conservare in vigore il testamento [1]). Solo essi discordano fra loro in un punto, in quanto il Hasse ammette che il testamento divenga invalido solo quando alla morte del sopravvivente si trovi una disposizione di questo contradicente alla sua prima disposizione [2]), mentre il Harprecht ammette l'annullamento del testamento fin dal momento in cui avvenne la revoca o la nuova disposizione di ultima volontà [3]), ciò che certamente è più logico perchè il testamento una volta annullato non può continuare ad essere in vigore [4]). Altri sono di opinione che il testamento per ciò che riguarda il patrimonio del defunto rimanga in vita a favore dell'erede successivo nominato, perchè con l'adizione dell'eredità esso ha acquistato efficacia, e non può più essere annullato [5]). Ma questo argomento prova troppo perchè non si vede allora per

---

e 18; e gli scrittori citati a pag. 57 note 47, 48 del volume precedente del *Commentario*.

100) Alcuni argomenti speciali addotti dal Hasse a confutazione dell'opinione opposta e a fondamento della sua saranno esaminati più da vicino in seguito.

1) Così a un dipresso si esprime Hasse, loc. cit., n. 25, pag. 271.

2) « Perchè un testamento fatto nel frattempo può anche esser revocato e il testamento precedente nuovamente rimesso in vigore ». Loc. cit., p. 270.

3) Harprecht, *Diss.* cit., § 38.

4) Vi sono dei casi nei quali un testamento divenuto invalido è nuovamente convalidato, ma essi suppongono sempre che l'autore sia in vita (vedi L. 11 § 2 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11, L. 12 § 1 Dig. h. t. 28, 3), mentre qui l'autore era già mancato ai vivi quando avveniva la revoca.

5) Mevio, *Comm. ad ius Lub.*, lib. II, tit. 1, art. 10, n. 34 seg., e *Decisiones*, parte IX, dec. 148.

qual ragione il testamento debba seguitare a valere solo in parte, dalla correspettività delle disposizioni dei due testatori conseguendo necessariamente che esse debbano valere tutte due o tutte due cadere. Inoltre nella maggior parte dei casi si avrebbe qui un risultato che certamente non concorda con le intenzioni del testatore premorto. Di solito si nominano eredi successivi i prossimi parenti od amici di ambedue i testatori; il marito non avrebbe nominato i parenti prossimi della moglie se questa a sua volta non avesse nominato i parenti prossimi del marito, e viceversa. Se ora il cambiamento di volontà della moglie dopo la morte del marito avesse per effetto che tutti gli eredi successivi, e quindi anche i parenti di lei, ricevessero il patrimonio del marito e non quello di lei, ciò non sarebbe certamente in armonia con la volontà del predefunto, non potendosi ammettere che questi volesse togliere dei diritti ai suoi per darli a persone estranee, bensì che egli abbia agito in quel modo nella fiducia che si sarebbe anche avverata la disposizione fatta dalla moglie a favore dei parenti di lui. Questa stessa ragione può essere opposta anche alla prima opinione perchè non sempre sono gli eredi intestati prossimi quelli che sono considerati nel testamento reciproco e dove ciò non è accaduto l'apertura della successione intestata che si avverasse in conseguenza della revoca per parte del sopravvivente sarebbe evidentemente contraria alla volontà del testatore predefunto. Questo argomento ha dato origine anche a una terza opinione, la quale però è rimasta, per quanto io so, isolata. Secondo essa il patrimonio del testatore premorto dovrebbe esser ereditato tutto dai parenti o amici di lui e il sopravvivente e suoi parenti non dovrebbero aver nulla [6]. Ma, supponendo, come qui si suppone, che gli eredi successivi siano istituiti nel complesso del patrimonio di ambedue, io non saprei come potrebbe quest'opinione giustificarsi. Egli è infatti del tutto arbitrario il dire che il defunto ha istituito i suoi parenti incondizionatamente e i parenti dell'altro

---

6) Griesinger, *Commentar zur Würtembergische Landrecht* (Commentario al diritto territoriale del Würtemberg), parte III, tit. 7, vol. V, § 56 pag. 203 seg., dove quest'opinione è svolta con altrettanta presunzione quanta affaticante prolissità.

soltanto sotto la condizione che quello non muti la sua disposizione [7]; questo, che non sarebbe che il presunto motivo dell'atto, non può elevarsi a condizione vera e propria. Quest'opinione ha poi, alla pari della seconda, qualche cosa che non si concilia coi principii giuridici. Secondo essa il testamento deve essere correspettivo e tuttavia essere in vigore soltanto per una parte [8]; inoltre secondo il testamento i sostituiti debbono entrare soltanto dopo la morte del sopravvivente, secondo queste opinioni invece bisogna o già prima far divenire invalido il loro diritto o concedere al sopravvivente il diritto di ritenere il possesso e il godimento del tutto fino alla sua morte, in modo che il testamento avrebbe piena efficacia riguardo a lui e solo i suoi parenti od amici sarebbero esclusi.

Volgiamoci ora alla seconda opinione secondo la quale l'acquisto dell'eredità per parte del sopravvivente esclude la possibilità di ogni altra disposizione. Quest'opinione fu già esposta in un altro punto del *Commentario* [9]: « Ogni testatore ha disposto anche sul patrimonio dell'altro, ciò è ammesso dal diritto comune [10]), e coll'adizione dell'eredità, che costituisce, com'è noto, una *obligatio quasi ex contractu* la disposizione diviene efficace in modo irrevocabile. È del resto con-

---

7) GRIESINGER, loc. cit., pag. 208.

8) Il GRIESINGER, loc. cit., pag. 209 seg., § 87, crede che se il coniuge sopravvivente dopo la morte dell' altro revoca non del tutto ma solo in parte la disposizione fatta a favore dei parenti del predefunto, il testamento di questo si debba considerare come revocato secondo la stessa proporzione, e cerca di confortare questa sua opinione con numerosi esempii. Questa conseguenza prova meglio di ogni altro argomento a quali errori conduce necessariamente la sua teoria, la quale per ciò solo dovrebbe respingersi se anche non poggiasse su principii del tutto errati.

9) Vedi pag. 55 seg. del volume precedente e gli autori citati ivi a n. 42, ai quali è da aggiungere C. G. BIENER, *Quaest.* c. 44, 45 nei suoi *Opuscula ed. F. Aug.* BIENER, vol. II, n. XL, pag. 191 seg. Oltre alla dec. 43 del CANNGIESSER ivi citata deve aggiungersi pure la dec. 44, dove però non bisogna trascurare di notare che i due relatori erano di opinioni diverse, sebbene per ragioni tratte in parte dalle circostanze particolari del caso. Il MITTERMAIER poi, che è pure citato ivi, ha cambiato opinione nella quarta edizione dei suoi *Grundsätze, etc.* (Principii di diritto privato tedesco), § 410 n. V pronunciandosi per la revocabilità della disposizione anche dopo l'adizione dell'eredità.

10) L. 23 Cod. *de fideic.*, 6, 42.

sentaneo al senso della disposizione considerare i due patrimonii come uno solo soggetto invariabilmente al diritto del fedecommesso ». Quest'opinione ha trovato accoglienza specialmente fra i moderni ed è anche passata nella pratica di alcuni paesi [11]) e in alcune legislazioni particolari moderne [12]). Il HASSE [13]) cerca di far valere contro di essa specialmente il principio del diritto romano che nessun onorato può esser gravato di legati ai quali non trovi correspettivo o indennità nell'eredità e che ciò che supera questa misura si considera come una disposizione inefficace [14]); l'*actio hereditatis* obbliga l'erede soltanto all'adempimento di ciò che è stato disposto validamente ed efficacemente nel testamento, non anche dei legati od oneri invalidi [15]). Analogo al nostro caso sarebbe l'onere spesse volte enunciato nel diritto romano col quale s'imponga all'erede di nominare erede alcuno o di non testare a favore di una determinata persona [16]); questo varrebbe sempre come l'onere di restituire l'eredità propria dell'erede stesso e l'obbligherebbe a lasciare al sostituito fedecommessario quanto egli ha ricevuto dall'eredità, più tutti i frutti, ma nulla di più. Tutto ciò, e anche l'affermazione che fra le eccezioni a quel principio non vi sia il caso presente [17]), deve concedersi. Questa regola però aveva senza dubbio il suo fondamento nel prin-

---

[11]) Confr. HAUBOLD, *Handbuch des Sächsischen Privatrechts* (Manuale di diritto privato sassone), § 643.

[12]) *Diritto territoriale prussiano*, parte II, tit. 1 § 492: « Se egli (il sopravvivente) accettò l'eredità, non può più revocare neppure le proprie disposizioni, quando dalla formulazione generale o dalle circostanze appaia che il premorto gli aveva lasciato l'eredità in considerazione di queste disposizioni ». Questo è pure il senso del *Diritto municipale di Amburgo*, parte III, tit. 1, § 17: « il testamento reciproco non può esser revocato, quando è impossibile che l'uno venga eseguito se non è eseguito l'altro ».

[13]) Vedi pag. 501 della citata dissertazione.

[14]) § 1 I. *de singul. reb. per fideic. relict.* 2, 24: « Hoc solum observandum est, ne plus quisquam rogetur alicui restituere, quam ipse ex testamento ceperit; nam quod amplius est *inutiliter relinquitur* ».

[15]) HASSE, loc. cit., pag. 541 seg.

[16]) L. 114 § 6-8 D. *de leg.*, I, 30, L. 70, L. 2, L. 77, § 24 D. *de legat.* II, 31. L. 17 pr. § 2, 3. L. 74 D. *ad Sct. Treb.* 36, 1. — L. 41 § 3 D. *de vulg. et pup. subst.*, 28, 6.

[17]) Vedi L. 70 § 1 Dig. *de legatis*, II, 31; L. 24 § 12 Dig. *de fideic. lib.*, 40, 12; HASSE, loc. cit., pag. 507.

cipio che nessuno può testare per altri, nè limitarne immediatamente o mediatamente la libertà di testare. Se questo avveniva non ostante, la disposizione si doveva, potendo, riguardare come una disposizione sul patrimonio del testatore, altrimenti sarebbe stata completamente nulla perchè contraria a un principio di diritto pubblico. Ma se invece la disposizione non conteneva alcun attentato alla libertà testamentaria dell'onerato, essa non era soggetta ad alcun divieto. Così per esempio è indubitato che l'onere di dare qualche cosa *condicionis implendae causa* non era illecito e l'onorato doveva adempierlo per quanto non vi fosse alcun rapporto di collegamento fra l'onere stesso e la disposizione testamentaria a favore di lui [18]). Noi dobbiamo tuttavia riconoscere come vigente ancora nel diritto testamentario moderno la regola che nessuno può essere onerato più di quello che non sia favorito nel testamento; ma poichè il principio da cui essa deriva non vige più presso di noi, così essa non deve esser applicata con tutto quel rigore col quale l'applicavano i Romani.

Come già abbiamo visto, la libertà di testare può essere limitata direttamente da un contratto e indirettamente da ciò che a questo equivale, coll'aggiunta che ambedue le parti facciano della clausola derogatoria al testamento reciproco. Simili effetti possono riconoscersi anche al testamento correspettivo quando venga confermato dall'adizione per parte del sopravvivente, anzi è necessario ammetterli se non si vuole nell'applicazione pratica distruggere il concetto stesso di questo testamento. In questo anzi si riscontrano due deviazioni notevoli dal diritto testamentario romano. La prima consiste nella possibilità giuridica per ognuno dei due testatori di disporre del patrimonio dell'altro senza riguardo a ciò che egli abbia lasciato a questo, e ancora nulla gli abbia lasciato.

La validità di questa disposizione può essere frustrata pel fatto che il

---

18) In nessuno dei testi che parlano del *dare condicionis implendae causa* si trova la limitazione che questo non debba superare l'importo di ciò che l'onorato riceve per testamento. Neppure qui vi era infatti limite della libertà testamentaria, non più certamente che nei casi citati alla nota 17 nei quali alcuno che riceve un legato è obbligato per adempiere l'onere impostogli nel testamento ad alienare una cosa di valore più alto del legato stesso.

sopravvivente non divenga erede del predefunto, ma secondo il diritto romano una simile disposizione sarebbe nulla per sè stessa (vedi nota 14), secondo i principii del diritto moderno essa non lo è. La seconda deviazione è che le due disposizioni possono coesistere. Ciò che deriva logicamente da questi concetti ignoti al diritto romano deve esser ritenuto esatto anche se conduce a risultati che il diritto romano non ammette.

Se applichiamo questi principii al caso nostro apparirà assai dubbia l'esattezza della seconda opinione. La revoca di un testamento correspettivo riporta là cosa nella stessa condizione che se il testamento non fosse mai esistito. Ma ciò deve anche essere possibile giuridicamente e ciò non è evidentemente quando esiste un erede di quel testamento. Qui non si tratta della possibilità di revocare mediante una restituzione, che è quanto dire per motivi straordinari, le conseguenze dell'adizione dell'eredità, ma delle conseguenze normali del diritto. Sotto questo punto di vista non è ammissibile che un erede possa annullare a proprio arbitrio gli effetti giuridici dell'acquisto dell'eredità e il Hasse, il quale pure conosce e accetta la nozione comune del testamento correspettivo, si trova in evidente contradizione coi suoi stessi principii quando vuol determinare tutto col diritto romano e ammette tuttavia un annullamento del testamento per effetto della revoca unilaterale di colui che è già divenuto erede. Il sopravvivente deve riconoscere ed adempiere in ogni sua parte il testamento e non può quindi mutare neppure la disposizione che riguarda il suo patrimonio perchè gli effetti dei testamenti correspettivi non si possono determinare secondo i principii di un diritto che non li riconosce.

Così siamo giunti, sebbene per altra via, alle conclusioni già difese in questo *Commentario*, l'accoglimento delle quali evita tutte le complicazioni e le incertezze che seguono necessariamente dalla prima opinione. Solo in un punto queste conclusioni hanno bisogno di maggior determinazione e correzione. Secondo il modo come il Glück si esprime a questo proposito si deve ritenere che sia stata sua opinione che il sopravvivente non abbia più neppure la facoltà di disporre fra vivi del suo patrimonio, il quale dovrebbe esser lasciato intatto agli eredi successivi: egli invoca per ciò anche l'autorità del

HASSE il quale avrebbe, secondo lui, dimostrato che qui non possono applicarsi i principii del fedecommesso *eius quod superfuturum est*[19]. Tuttavia nel dubbio, notava già il HASSE stesso, non può supporsi che i testatori abbiano voluto limitare anche la rispettiva facoltà di disporre per atto fra vivi [20]. Questa facoltà anzi non è esclusa neppure dal patto successorio. In verità tutto è questione d'interpretazione di volontà. Per regola io ammetterei che il sopravvivente possa disporre dei proprii beni per atto tra vivi purchè ciò non faccia *in fraudem fideicommissi*, i limiti della sua eventuale facoltà di disporre del patrimonio del predefunto dipendono dal contenuto del testamento. In dubbio non può essergli negato il diritto di detrarre la quarta Trebelliana, salvo che neppure di questa può disporre *mortis causa*. Viceversa gli può essere concessa anche la facoltà di disporre nel modo il più ampio. Se la disposizione principale ordina la restituzione del patrimonio esistente al momento della morte del sopravvivente, almeno un quarto del patrimonio ricevuto dal testatore premorto deve esser lasciato all'erede successivo, e per ciò il sopravvivente può anche esser costretto a dar cauzione, salvo che ne sia stato esonerato [21]. Questa separazione dei due patrimonii non è affatto in contradizione coi superiori risultati. Il sopravvivente non può togliere ai sostituiti il diritto che essi hanno alla sua successione e in questo senso l'eredità di lui forma un tutto ideale con l'eredità del testatore premorto. Ma con ciò è pienamente conciliabile che negli altri riguardi i due patrimonii si considerino come distinti, ciò che corrisponde anche pienamente alla volontà dei disponenti e alla logica giuridica. In dubbio non si deve ammettere mai che alcuno voglia rinunciare pienamente alla libertà di disporre del suo, specialmente in un caso nel quale obietto della disposizione può considerarsi propriamente soltanto l'eredità futura.

Non si dirà mai abbastanza però che nella decisione dei singoli casi si deve innanzi tutto tener presente la disposizione e il suo contenuto, perocchè in nessun caso la generalizzazione delle regole

---

19) Vedi sopra pag. 52 seg. del volume precedente.
20) HASSE, loc. cit., pag. 267 seg.
21) Nov. 108 c. 1.

e dei concetti appare così dannosa come nel giudizio su disposizioni private quali i testamenti reciproci, dove le diversità dei casi particolari sono infinite. Tutto il fin qui detto adunque vale soltanto per i testamenti correspettivi veri e proprii. Suppongasi che sia fatto un testamento reciproco fra A e B e che A sostituisca i proprii parenti prossimi a B, B i propri ad A. Questa non si potrà considerare una disposizione correspettiva perchè a colui che morirà per primo è indifferente se il sopravvivente persevererà o cambierà la propria disposizione. La disposizione del primo deve essere eseguita in ogni caso, il sopravvivente appare come un erede fiduciario ordinario, il quale deve conservare il patrimonio ereditato e restituirlo agli eredi di A secondo le disposizioni più precise del testamento. La disposizione fedecommissaria di lui cade invece di per sè perchè è venuto a mancare il suo presupposto necessario, la sopravvivenza di A. Se la sostituzione fosse invece diretta essa non cadrebbe per la morte del primo erede, ma dipenderebbe dalla volontà del sopravvivente di lasciarla o no in vigore [22]).

Neppure il contenuto correspettivo di più testamenti dà luogo però di per sè solo alla correspettività in senso giuridico, ma occorre, come s'è già notato sopra (nota 74), che vi sia anche una congiunzione esterna dei due testamenti, affinchè possano considerarsi come un unico negozio per ciò che riguarda gli effetti. È indifferente se la dichiarazione di volontà dei testatori sia fatta in comune oppure, come più spesso avviene, da ciascuno separatamente, ma giuridicamente è impossibile che due disposizioni esteriormente separate possano esser considerate come una sola nei loro effetti. Se anche in seguito ad un accordo precedente e pel reciproco affidamento che nessuno cambierà la disposizione i due testatori si istituiscano reciprocamente e sostituiscano i parenti di ambedue le parti, i testamenti restano, ciò non ostante, due diversi, che ciascuno dei due testatori può revocare in ogni tempo a suo arbitrio. Quando due si

---

[22]) Solo per l'ultimo caso è esatta l'affermazione del Mackeldey, *Lehrbuch, etc.* (Trattato di diritto romano), § 650 n. 1 *a*, che il sopravvivente possa sempre mutare volontà, negli altri casi la disposizione di lui è da considerare come caduta per destituzione del testamento. Confr. nota 29 infra.

istituiscano reciprocamente eredi per reciproca benevolenza ciascuno crede che persisterà nella propria volontà e suppone anche un sentimento uguale nell'altra parte; in ciò nulla di illecito [23]); soltanto nessuno ha diritto a intentare un'azione giudiziaria se sia poi frustrato nelle sue aspettative [24]). Se non si vuole in tal caso concludere un vero patto successorio nè fare un testamento congiuntivo, non resta che aggiungere ai due testamenti degli speciali patti *de non mutandis* per garantirne così l'irrevocabilità. Pur non di meno il concetto di testamenti correspettivi separati, alla pari di altri concetti puramente dottrinali insostenibili, è passato in alcune legislazioni particolari, non solo, ma anche è stato talvolta applicato in decisioni giudiziarie come un concetto del diritto comune [25]), ciò che certamente non può esser menato per buono (vedi sopra la nota 74).

Se invece il testamento sia indubbiamente correspettivo, lo stesso sopravvivente una volta divenuto erede non può far più alcuna revoca della disposizione comune, tanto se essa sia a favore dei suoi parenti quanto se a favore di quelli del testatore premorto, perocchè ciò sarebbe sempre una violazione della volontà già dichiarata e ormai riconosciuta invariabile dell'altra parte (vedi sopra pag. 151-152). In un caso nel quale la moglie aveva fatto un nuovo testamento a favore dei proprii parenti e di uno dei parenti del marito, lasciando soltanto un legato ai proprii fratelli che erano sostituiti nel primo testamento correspettivo, il tribunale supremo di appello di Cassel si pronunciò per la validità della seconda disposizione [26]). Questa decisione che riposa sul concetto del GRIESINGER, già da noi sopra confutato, non può però accettarsi ed è in contraddizione con un'altra decisione dello stesso tribunale nella quale è ammesso in generale il principio che l'adizione dell'eredità obblighi il sopravvivente a riconoscere e adempiere il testamento in ogni sua parte [27]).

---

23) L. 70 Dig. *de her. inst.*, 28, 5.

24) Confr. HASSE, *Diss.* cit., pag. 272 seg.

25) C. G. BIENER, *Quaestiones*, cap. 40 negli Opuscoli editi da F. A. BIENER, vol. II, pag. 184 in f.

26) CANNGIESSER, *Decisiones summi tribunalis Hasso-Cassel.*, T. 1, dec. 44.

27) CANNGIESSER, loc. cit., dec. 43. Confr. infra nota 83.

Consideriamo ora brevemente gli altri casi. Quando sia nominato un coerede al sopravvivente, questi accetta l'eredità o la rifiuta. Nel primo caso il suo obbligo di accettare il testamento nelle disposizioni che riguardano il suo patrimonio rimane immutato, nel secondo si potrebbe credere che per la correspettività del testamento anche il diritto del coerede venisse a cessare. Tuttavia si può ammettere anche compatibilmente coi principii giuridici che soltanto la parte del testamento che si riferisce al sopravvivente e alla sostituzione di lui cada e che per conseguenza l'eredità del testatore premorto vada per diritto di accrescimento al coerede, il quale naturalmente dovrà adempiere gli oneri testamentari che gravano sul patrimonio del premorto. Con la nomina del coerede infatti viene esclusa la successione intestata per il caso che uno dei due non divenga erede, e conseguentemente il coerede entra nel posto dell'erede legittimo. Certamente sarebbe un andare troppo in là il volere applicare questi concetti senza alcun limite. Ciò che è decisivo è il contenuto della disposizione, è da questo che si deve giudicare se tale risultato sia d'accordo con la volontà dei disponenti o se invece anche il diritto del coerede non sia così collegato colla correspettività del testamento che esso non possa esistere senza la validità di tutte due le disposizioni, come sarebbe per esempio il caso che i due testatori avessero nominato un unico coerede, e le sostituzioni si riferissero congiuntamente a questo e al sopravvivente. In tal caso la disposizione o deve essere adempiuta completamente o non può esserlo affatto, perchè l'esecuzione del testamento non si concilia con la separazione dei due patrimonii; in tal caso perciò il diritto del coerede dipende dal fatto che anche il sopravvivente divenga erede. Pei legati importa sopratutto vedere se siano stati ordinati insieme e gravino così su tutti due i patrimonii o se invece siano stati ordinati specialmente da ciascun testatore riguardo soltanto al proprio patrimonio. Nel primo caso tutto si deve risolvere necessariamente secondo i principii che valgono per la sostituzione universale [28]; nel secondo ciascuna delle disposizioni si considera nel riguardo dei legati come avente esistenza indipendente a sè. Quella del sopravvi-

---

[28]) HOMMELL, *Rhapsodia quaestionum*, obs. 166.

vente si estingue dunque perchè l'onerato, il testatore premorto, non è divenuto erede [29]), il sopravvivente però è obbligato a detrarla dal patrimonio del predefunto [30]). Quando i legati divengano efficaci ed esigibili, se al tempo della morte del primo o al tempo della morte del sopravvivente, è una questione di volontà che si risolve secondo il contenuto della disposizione. Il BIENER distingue se i testatori abbiano disposto in atti diversi o in un medesimo atto e ritiene in quest'ultima ipotesi che il diritto al legato divenga per regola efficace soltanto alla morte del sopravvivente [31]). Nei casi che egli porta come esempi non si sarebbe potuto certamente adottare una soluzione diversa perchè era determinato espressamente che il sopravvivente dovesse, dopo la sua morte, prestare certi legati. Ma altrimenti non si vede perchè anche qui, dove i legati si considerano sempre come disposizioni separate, non debba nel dubbio applicarsi la regola: *cedit dies legati ex die mortis testatoris, venit ex die aditae hereditatis* [32]) [f]).

---

29) BIENER, *Quaestiones*, cap. 41, negli *Opuscoli*, II, 186. Vedi pag. 55 del vol. precedente, nota 41.

30) Se colla rinuncia egli si liberi dal pagamento dei legati è questione la cui soluzione dipende dal restante contenuto del testamento. Se questo è per la essenza un testamento correspettivo ciò non è possibile.

31) *Interpretationes et responsa*, cap. 31, *Opuscula*, II, n. 109, pag. 402 seg.

32) L. 5 § 1, L. 21 pr. Dig. *quando dies. leg. vel fid.*, 34, 2.

---

f) Intorno alla revoca del testamento congiuntivo reciproco il Codice civile dell'impero germanico. il quale, com'è noto, ammette tale testamento solo per parte dei due coniugi, così dispone:

« § 2270. Se i coniugi hanno in un testamento congiuntivo disposto in modo che debba ritenersi che la disposizione dell'uno non sarebbe stata fatta senza la disposizione dell'altro, la nullità o la revoca dell'una ha per effetto l'annullamento dell'altra . . . .

« § 2271. La revoca di una disposizione che sia con quella dell'altro coniuge nel rapporto indicato nel § 2270 può aver luogo durante la vita dei coniugi soltanto secondo le norme stabilite nel § 2296 per la revoca di un patto successorio. Un coniuge non può durante la vita dell'altro revocare unilateralmente la sua disposizione con una nuova disposizione di ultima volontà.

« Il diritto di revoca cessa colla morte dell'altro coniuge; il sopravvivente però può revocare la propria disposizione quando rinunzi a ciò che gli è stato lasciato dall'altro. Può revocarla anche dopo avere accettato quel lascito nei casi dei §§ 2294, 2336.

« Se l'onorato sia un discendente dei coniugi o di uno dei coniugi si applica la disposizione al § 2289 n.º 2 ».

Il § 2296, che il § 2270 richiama, stabilisce che la revoca unilaterale del patto successorio, ammessa per regola quando sia stata riservata (§ 2293), non può aver luogo

Osservo infine che nel caso di un patto successorio reciproco nel quale non sia fatta alcuna disposizione per caso di morte del sopravvivente, questi conserva il diritto di disporre liberamente come nel caso di un testamento reciproco senza sostituzioni, perocchè se anche si ammetta che i diritti che si acquistano per un patto successorio si trasmettano agli eredi, il patto viene ad essere adempiuto con l'acquisto dell'eredità, e da quel momento cessa anche la possibilità di far valere ogni ulteriore pretesa in base ad esso [33].

§ 1429.

2. *In particolare,* a) *della revoca del testamento* (*così detta* revocatio verbalis).

La revoca di un testamento avviene o per dichiarazione espressa o per atti che abbiano lo stesso significato, quali la distruzione materiale di un testamento o la confezione di uno nuovo. Il primo modo di revoca si chiama *revocatio verbalis*, il secondo *revocatio realis*. Noi parleremo in questo paragrafo della prima, per la quale intendiamo la dichiarazione espressa nella forma prescritta che il testamento non debba più valere [33 a]).

---

[33]) Confr. BIENER, *Quaestiones*, Opusc. II, pag. 186.

[33 a]) Vedi in generale HANNESEN (pr. GEBAUER), *Diss. de testamenti accedente decennii lapsu facta revocatione ad L. 27 Cod. de testamentis,* Gottingae 1736 (la prima dissertazione giuridica di laurea da lui fatta a Gottinga); *Diss.*

---

per mezzo di rappresentante e deve farsi con dichiarazione fatta personalmente all'altro contraente e ridotta in istrumento giudiziario o notarile. La stessa forma adunque deve avere la revoca permessa durante la vita di ambo i coniugi del testamento congiuntivo reciproco per parte di uno dei testatori. La revoca è invece assolutamente vietata dopo la morte di uno dei coniugi, salvo che il revocante rinunci all'eredità, precisamente come disponevano già le legislazioni tedesche citate alla nota 12 pag. 153. L'eccezione indicata poi col richiamo ai §§ 2294, 2336 si riferisce al caso di indegnità dell'onorato, per la quale potrebbe essere anche privato della legittima, e quella successivamente indicata col richiamo del § 2289 n. 2 alla così detta *exheredatio bona mente* codificata nel § 2338 del Codice. Vedasi su questa la nota *a* a pag. 36 ove per errore fu stampato, alla linea 10, § 2317 anzi che 2338.

Il testamento non può esser revocato mediante una semplice dichiarazione di revoca, è necessario che questa avvenga davanti a tre testimoni [34]). Vi è a dir vero una grande tendenza a considerare questa limitazione della libertà di revocare le disposizioni di ultima volontà come un principio puramente arbitrario, il quale tanto più sembra infondato quando si pensa che il testamento può essere revocato anche con la semplice distruzione materiale. Tuttavia non si può disconoscere che questa regola sia strettamente collegata coi principii generali del diritto e col diritto anteriore. È un principio generalissimo di diritto che la dissoluzione di un rapporto o negozio giuridico deve seguire nel modo opposto a quello di sua costituzione:

« Nihil tam naturale est, quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est; ideo verborum obligatio verbis tollitur, nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur » [35]); o, come dice GAIO più generalmente: *omnia quae iure contrahuntur contrario iure pereunt* [36]). Nel primo testo la regola è applicata al diritto contrattuale ed è possibile che anche il secondo, che noi possediamo fuori della sua originale connessione, non fosse scritto a proposito dei testamenti [37]). La regola poi non deve essere neppure intesa nel

---

secunda de testamenti accedente decennii lapsu facta revocatione, Goettingae 1737. MARCKART, *Interpretationum receptar. iur. civil. lectionum,* lib. II, cap. I. — J. L. E. PÜTTMANN, *interpret. et observat. iur. civil. Lib. singular.*, cap. XXVII. — Aug. Frid. SCHOTT, *Comment. ad orationem Pertinacis de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud infirmante, in § VII. I. quib. mod. test. infirm.* (*Opuscul.* Lips. 1770, pag. 41 segg.). — Pet. GREVE, *Diss. de mutatione et revocatione testamenti tam quoad modum, quam quoad effectum.* Goett. 1783 (8). — Pet. Andrea RODATZ, *Diss. de verbali testamentorum revocatione ad Cod.* VI, 23, Const. 27. Goett. 1810. — L'ultima dissertazione sulla materia, che si riferisce però soltanto al diritto francese, è GARNIER, *De testamentorum revocatione,* Leod. 1830.

34) L. 27 C. *de testament.* 6, 23.

35) L. 35 D. *de regul. iur.*, 50, 17.

36) L. 100 D. *de regul. iur.*, 50, 17.

37) Vedi GOTOFREDO, ad L. 35 Dig. *de reg. iuris,* 50, 17 negli opuscoli editi dal TROTZ, pag. 848 e ad L. 100 *eod.* (*ibidem*, pag. 1002 seg.), dove riferisce quest'ultimo testo ai rapporti di diritto meramente personali (adozione e simili). Egli è però ben lontano dal negare la possibilità di un' applicazione ai testamenti, come fa il MARCKART, loc. cit., § 4 pag. 172.

senso che la cessazione di un rapporto giuridico sia sempre condizionata al compimento di un atto contrario a quello da cui è originato, perchè i rapporti obbligatori si estinguono il più spesso per l'adempimento, e la proprietà e gli altri diritti sono in innumerevoli casi estinti da avvenimenti che non hanno la minima parentela col modo di acquisto. Ma che la nostra regola, col significato che ha, non si applichi esclusivamente ai contratti è provato già dal fatto della sua applicazione al possesso [38]). Per la dissoluzione dei rapporti giuridici che non siano stati adempiuti nè altrimenti revocati, essa assume adunque il carattere di una regola necessaria, massime pei negozi giuridici formali. Si può citare come esempio, il quale serve anche a provare che il principio si applica anche al di là del diritto contrattuale vero e proprio, la remancipazione come modo di estinzione della mancipazione *sub fiducia*, vale a dire della mancipazione col patto di restituzione [39]). In tali casi adunque la cessazione del rapporto giuridico doveva avvenire mediante un atto analogo all'atto di costituzione, e dove questo non era possibile per la natura del rapporto si cercava di ottenere l'applicazione di un altro atto solenne di dissoluzione mediante una finzione [40]).

Tuttavia questa regola non deve, come alcuni credono, avere avuto vigore pei testamenti, perchè nelle fonti antiche non si trova la minima traccia di solennità richiesta per la revoca dei testamenti. Dice Giovanni Guglielmo MARCKART:

« Analogia iuris civilis me docet, praescriptas esse solennitates ad ordinanda testamenta, sed nondum didici, praescriptas esse solennitates observandas illis, qui malunt mori intestati, ut rite et iuste bona sua legitimis heredibus proximis relinquerent. Nullibi in iure nostro ad revocanda testamenta iniungitur ulla solennitas, sed tan-

---

[38]) L. 153 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17.

[39]) Vedi GAIO, I, 134. PAOLO, *R. S.*, II, 13. — BOEZIO, *ad Ciceronis Top.* c. 10: « Fiduciam vero accepit cuicumque res aliqua mancipatur, ut eam mancipanti remancipet ».

[40]) Così per esempio la cessazione degli effetti della *res iudicata* e del legato *per damnationem* mediante *imaginaria solutio per aes et libram*. GAIO, III, 173, 175.

tum, ut probatio sit mutatae voluntatis, si testamentum aliquod factum est » [41]).

Senza preoccuparci dell'esattezza di quest' ultima affermazione, dobbiamo in ogni modo riconoscere che ogni analogia si oppone ad ammettere che un testamento *calatis comitiis* possa revocarsi semplicemente senza fare una nuova disposizione testamentaria o una remancipazione. Che non vi fossero *comitia calata* per la revoca dei testamenti è cosa che non occorre provare nè alcuno, ch'io sappia, ha mai sostenuto il contrario. Ma si afferma che la revoca del testamento per mancipazione (*test. per aes et libram*) si potesse fare colla remancipazione per parte del *mancipio accipiens* [42]). E tuttavia ciò è giuridicamente inammissibile. Soltanto il testatore può mancipare la *familia* che diverrà *hereditas* dopo la sua morte [43]), solo a questo momento il *familiae emptor* o meglio l'erede che egli rappresenta acquista un diritto, a lui non è stato mancipato altro diritto che quello che diverrà efficace dopo la morte, egli non può dunque remancipare nulla al testatore durante la sua vita. Si potrebbe pensare piuttosto ad applicare qui una immaginaria *solutio per aes et libram* [44]), ma tale modo di estinzione non sarebbe adatto perchè la *mancipatio familiae* non costituisce alcun rapporto obbligatorio e in ogni caso non mai un rapporto in forza del quale l'erede futuro possa pretendere che gli sia attribuita l'eredità [45]).

---

41) Marckart, *Interpretationes*, lib. II, c. 1 § 4 pag. 171.

42) Dernburg, *Beitraege, etc.* (Contributi alla storia dei testamenti), p. 98 seg., seguìto anche dal Glück nel *Commentario* presente, vol. I di questo libro XXVIII, p. 266. — Zachariae, *Comm. de fiducia*, Gothae 1830 cap VIII, pag. 51 seg.

43) Huschke, *Ueber die Rechtsregel « Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest »* (Sulla regola « Nemo pro parte, etc. ») nel *Rheinisches Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. VI, diss. 8, pag. 271-80, 294. Confr. l'*Allgemeine Literatur-Zeitung* (Rivista generale di letteratura) del 1835 n. 61 pag. 486 seg.

44) Gaio, III, 173: « Est etiam alia species imaginariae solutionis per aes et libram . . ., veluti *si quid eo nomine debeatur, quod per aes et libram gestum est* ». — Confr. Puchta, *Lehrbuch für Institutionen-Vorlesungen* (Trattato di Istituzioni), pag. 39 seg.

45) Questo è ammesso anche dal Dernburg, le conclusioni del quale sulla forma e sugli effetti dell'antico testamento per mancipazione io non posso

Tutto ciò non prova ancora che fosse possibile un annullamento del testamento mediante semplice revoca. Si può invece provare che,

---

certamente seguire, come ha fatto al § 1412 *a* del *Commentario* il Glück. Il *familiae emtor* non deve essere stato neanche in origine il vero erede, ma solo un intermediario, che era obbligato all'adempimento degli incarichi datigli nella mancipazione per dopo la morte, ma già in vita del testatore aveva un diritto attuale ed efficace sull'*universitas bonorum*, sempre restando però al testatore il diritto della revoca. Questo concetto è confermato da quanto dice Gaio, II, § 105:

« Olim familiae emtor, h. e. qui a testatore familiam accipiebat mancipio, *heredis locum obtinebat*, et ob id *ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet* ».

Da ciò si argomenta: *a*) che la mancipazione non avesse per oggetto l'*universum ius* come complesso di diritti e obbligazioni, ma solo ed esclusivamente l'attivo consistente in diritti di proprietà e accessorii; *b*) che, vivente ancora il testatore, il *familiae emtor* aveva un vero diritto sul patrimonio, il cui effetto si manifestava principalmente nel fatto che il *fam. emtor* aveva dopo la morte del mancipante un diritto reale contro ogni terzo in guisa che contro di lui non fosse possibile neppure l'*usucapio pro herede*. Ma, dunque nella forma originaria pura dei testamenti per mancipazione non vi erano eredi testamentarii? Poichè certamente solo sotto questo presupposto, pel quale manca però qualsiasi prova nelle fonti e qualunque argomento sostanziale, si potrebbero ammettere quelle due conseguenze. Oppure, non era la *familia* che si mancipava al *familiae emtor?* Ma certamente sotto questa designazione non si deve intendere soltanto una parte del patrimonio, i diritti separati dalle obbligazioni. E inoltre di dove traeva il mancipante il suo diritto di revoca, posto che non si ha alcuna traccia che il testamento per mancipazione fosse congiunto colla fiducia? (Trekell, *De origine et progressu testamentifactionis*, cap. III, § 30 pag. 135 seg.). — Il Dernburg, pag. 98, dice che il mancipante avea la facoltà di revoca « perchè tutto quanto il negozio era una mera formalità ». Ma in tal caso il *fam. emtor* non avrebbe acquistato un diritto effettivo, come pure ammette lo stesso Dernburg, posto che il mancipante conserva solo il possesso, e si parla di danni che il *fam. emtor* può arrecargli per dolo, ecc. Tuttavia il Puchta, *Istituzioni*, pag. XLIII seg., segue in sostanza quest'opinione e il Glück, loc. cit., ammette pure che il testatore non nominasse alcun erede, che il solo *fam. emtor* stesse *loco heredis* o rappresentasse l'erede, distribuendo poi di sua mano l'eredità alle persone alle quali il testatore avea disposto che andassero. In verità sarebbe stato questo un istituto ben strano, pel quale non si troverebbe nel diritto romano nè un concetto nè un nome che vi si adattassero: Un testatore che non lascia eredi, ma solo un rappresentante degli eredi, il quale però è a sua volta obbligato verso le persone che il testatore ha voluto beneficare. Nè queste possono essere eredi, perchè non vi sono nominati eredi, ma solo successori singolari. I quali ultimi però, poichè non

salvo il caso di distruzione materiale del testamento, della quale parleremo in seguito, era necessario all'uopo un nuovo testamento. Una testimonianza diretta ci è offerta dal § 7 I. *quibus modis inf. test.* ove è detto: *ex eo autem solo non potest infirmari testamentum quod postea testator id noluit valere.* Alcuni credono che il testo voglia dire semplicemente che un testamento posteriore incompleto non

---

vi sono eredi, non possono esser neppure considerati legatarii o fedecommessarii, se pure di questi ve n'erano in quegli antichi tempi. E chi rappresentava il complesso dei rapporti di diritto patrimoniale? Evidentemente la *fam. mancipatio* non potea esser diretta che ad ottenere questa rappresentanza.

Io credo che le parole di Gaio « *familiae emtor heredis locum obtinebat* (II, 203), *loco heredis erat* (II, 205) si spieghino benissimo senza attribuire al diritto romano un'anomalia senza esempio come questa. Nei comizii del popolo l'erede era nominato *legis modo,* cioè in forma imperativa, e questo costituì anche in seguito il carattere essenziale dell'istituzione d'erede. I primi testamenti privati veri e proprii furono originati dall'urgenza delle circostanze (Gaio, II, 203). Si ricorse perciò allo spediente di trasmettere la *familia* ad un amico applicando una forma di alienazione già nota, la mancipazione, imponendo in pari tempo all'amico stesso di trasmettere ad altri qualche parte di questo patrimonio. In tal modo sorse così probabilmente anche la successione singolare per testamento. Erede nel vero senso della parola non era questo *familiae emptor* perchè l'incarico era bensì diretto letteralmente a lui, ma non si poteva imporre ad un uomo libero di essere erede; egli valeva però come un erede e in sostanza lo era. Perciò Gaio dice di lui *heredis locum obtinebat* o *heredis loco erat.* Quando vennero in uso i testamenti per mancipazione scritti allora si potè ancora nominare un erede in modo imperativo, ma la forma della mancipazione richiedeva il *familiae emtor* il quale ormai naturalmente non era che un rappresentante formale dell'erede e interveniva all'atto soltanto *dicis causa.* Così tutto si concilia, per quanto a me sembra, nè è necessario per confermare questa spiegazione aggiungere che Gaio non poteva dire *heres erat* di uno che non era ancora erede, poichè ciò dipendeva soltanto dal fatto che il testamento restasse immutato ed egli sopravvivesse al testatore, ma solo che lo si poteva considerare come un erede, o, come dice Teofilo, come colui che diverrà erede. Teofilo qui non solo ha attinto da Gaio, ma lo interpreta esattamente, come l'interpreterebbe ora anche il Trekell (*De origine atque progressu testamentifactionis.* cap. III, § 29, pag. 133-34), il quale pure rimprovera Teofilo di aver inventato questa notizia. Questa osservazione, che può essere considerata anche come un'aggiunta a ciò che fu già detto nel titolo I di questo libro sulle antiche forme del testamento, deve servire qui a confermare maggiormente il concetto che le forme di estinzione della proprietà o dei rapporti obbligatorii non fossero applicabili al testamento.

possa revocarne uno precedente, ma che ciò non sia appare in primo luogo dalle parole seguenti: *usque adeo ut et si quis testamentum posterius facere coeperit, etc.*; in secondo luogo e sopratutto dall'interpretazione di TEOFILO nella parafrasi greca delle Istituzioni, che così suona nella versione del REITZ:

« Quidam testatus — dicit: Nolo illud valere. Ex his tantum verbis testamentum non fit irritum. *Legitime enim facta legitime subverti debent* » [45 a]).

Indirettamente poi il nostro principio è provato dal fatto che, quando si parla della rottura vera e propria di un testamento, si enunciano sempre soltanto i due motivi *postumi agnatio* e *novum testamentum* [46]). Gli avversari si fondano su un testo di ULPIANO:

« Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, *vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestato decedere*, dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt » [47]).

Se le parole qui stampate in corsivo si intendono alla lettera e nel loro pieno significato, il giureconsulto dice che ha luogo la successione intestata quando il testatore dia a conoscere in qualunque modo che il suo testamento non deve più valere. Non è neppur possibile pensare qui ad un cambiamento dell'ultima volontà mediante un testamento nuovo, perchè è detto espressamente che il testatore manifestò la volontà di morire intestato. Ma quando si considerino più da vicino tutti gli argomenti che stanno contro la possibilità di una semplice revoca del testamento, non si sarà molto proclivi a

---

45 a) Si può invocare come prova diretta anche la L. 36 § 3 D. *de test. mil.*, 29, 1. Il testo stesso sarà esaminato più oltre verso la fine di questo paragrafo.

46) Vedi i testi in BRISSONIO, *De v. sign.* v. *rumpere*, § 4. BRISSONIO del resto riferisce l'espressione anche alla distruzione materiale del testamento rinviando alla L. ult. D. h. t., dove però la parola non si trova. Per quanto ho potuto osservare io l'espressione *rumpitur testamentum* è usata nelle fonti principalmente a riguardo di un testamento non annullato esteriormente. Ma alle cose dette nel testo non fa alcuna difficoltà se si pone anche la distruzione esteriore sotto il concetto di *rumpere*.

47) L. 1 § 6 Dig. *si tab. test. nullae extab.*, 38, 6. Il CONNANO, *Comm. iuris civilis*, lib. IX, cap. VII, n. 4. e il MARCKART, loc. cit., § 3 pag. 170 attribuiscono un gran peso a questo testo.

dare soverchia importanza alle dichiarazioni di ULPIANO. I testamenti sono in origine vere leggi, *leges speciales*, con le quali si deroga per casi speciali alle disposizioni generali sulla successione [48]); ora una legge non può essere revocata che da una legge. Vero è che la forma mutò, ma la natura giuridica del testamento si ritenne sempre sostanzialmente la stessa, e a ciò allude certamente ULPIANO quando in un altro luogo dice: « Lege obvenire hereditatem non improprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur » [49]). La legge conferma in primo luogo i testamenti privati fatti validamente, questi dunque hanno lo stesso valore dei testamenti fatti nella vera forma di legge *in calatis comitiis* [49 a]), ma possono anche essere revocati con un semplice atto contrario della stessa specie [49 b]). Tuttavia se la cosa non fosse stata concepita appunto in questo modo, sarebbe sempre il caso di applicare la regola che la estinzione di un negozio giuridico e in particolare di un negozio formale deve avvenire nella forma opposta a quella della sua nascita, forma che nel caso particolare non potrebbe essere che un nuovo testamento. Se ora si colleghino gli argomenti sopra esposti e la circostanza che della possibilità di revocare un testamento senza farne uno nuovo si parla per la prima volta in una costituzione dell'imperatore GIUSTINIANO, la L. 27 Cod. *de testamentis*, 6, 23, non si potrà esitare ad interpretare le parole di ULPIANO nel senso che il giureconsulto non parli qui in genere dei modi come un testamento possa essere revocato, ma voglia semplicemente dire che anche per la sola distruzione materiale del testamento si fa luogo alla successione intestata, citando poi alcuni degli atti coi quali ciò può avvenire e

---

48) Nulla importa per questo riguardo se si creda che il popolo votasse formalmente sul testamento o facesse semplicemente da testimone; in ogni caso ciò che si faceva in tal modo dinanzi al popolo avea la portata di una legge. Vedi HUSCHKE, *Ueber die Regel, ecc.* (Sulla regola « nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest ») nel *Museo renano di giurisprudenza*, vol. VI, pag. 292.

49) L. 130 Dig. *de verb. sign.*, 50, 16.

49 *a*) Confr. HUSCHKE, loc. cit., pag. 295-96.

49 b) SCHOTT, *Comm. ad orationem D. Pertinacis*, cap. II, pag. 43 seg.

soggiungendo in linea generale « o con qualunque altro atto egli faccia conoscere la sua intenzione di morire senza testamento » [50]).

Nei testamenti orali la distruzione materiale non è possibile e perciò i testamenti fatti nei comizii del popolo non potevano essere revocati altrimenti che con un nuovo testamento. Altrimenti andavano le cose nel testamento per mancipazione, dopo che venne l'uso di redigerlo in iscritto [51]). La distruzione di esso ne rendeva impossibile la effettuazione, perchè, quando pure i testimoni ne conoscessero bene il contenuto, il pretore non dava una *bonorum possessio secundam tabulas* se non quando alla morte del testatore esistesse un testamento chiuso con sette sigilli [52]); per conseguenza se un tale testamento non esisteva, gli eredi intestati ottenevano una *bonorum possessio* efficace. Lo stesso avveniva quando il contenuto del testamento era annullato [53]), cosa che se avvenisse dopo compiuto l'atto solenne non poteva farsi senza rompere anche i sigilli. In caso diverso si teneva conto della volontà del testatore; all'erede testamentario il quale volesse far valere un testamento simile ostava l'*exceptio doli*, perchè egli andava contro la evidente volontà del testatore [54]).

---

[50]) SCHOTT, *Comm.* cit., cap. IV, pag. 60 seg. In simil modo interpreta HOTMANN alla Parafrasi di TEOFILO, tit. *quibus modis test.* in f. § 6 in REITZ, nota *t*.

[51]) Senza dubbio in un certo periodo di tempo le *tabulae* scritte costituivano un requisito essenziale del testamento. Non solo la forma del testamento quale ci appare nelle fonti sembra indicarlo (GAIO, II, 104), ma anche le espressioni tecniche dell'editto, *bonorum possessio secundum tabulas* e *contra tabulas*, e le disposizioni di esso sull'apertura e pubblicazione dei testamenti (PAOLO, *Rec. Sent.*, IV, 6, 3 e tit. Dig. *testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur, describantur*, 29, 3) lo provano. Sotto gli Imperatori appaiono di nuovo i testamenti semplicemente verbali (vedi il tit. I di questo libro) e i pretori danno in base ad essi una *bonorum possessio* come in base alle vere *tabulae testamenti*. L. 8 § 4 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11, L. 2 Cod. *de bon. poss. sec. tab.*, 6, 11. Vedi KOCH, *Bonorum possessio*, § 22 pag. 239 seg.

[52]) GAIO, II, 119, 147; L. 1 § 3 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. Confr. tit. I del presente libro.

[53]) L. 1 § 8 Dig. *si tab. test. nullae ext.*, 38, 6. Vedi sopra nota 47.

[54]) Arg. L. 4 § 10 D. *de doli mali et met. exc.*, 44, 4:

« Sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli mali repellitur ».

Vedi anche L. 11 § 2 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. Vedi sui due testi

mentre poi al contrario tale eccezione non era concessa agli eredi intestati quando il testamento o il contenuto di esso fosse stato annullato non già volontariamente, ma per caso, ben inteso purchè si potesse dimostrare l'esistenza del testamento stesso [55]). Più in là però non si arrivò. Una nuda revoca non ebbe mai effetto, come abbiamo visto sopra, e da ciò segue che i testamenti orali sorti solo in epoca più tarda non poterono annullarsi che mediante un nuovo testamento.

Ma intanto si era venuto formando a poco a poco il diritto dell'erario o fisco di appropriarsi le eredità e le parti di eredità che un erede non potesse ricevere, in particolare fu ammesso il diritto di erezione del fisco anche nel caso che il testatore avesse nel secondo testamento nominato eredi incapaci. Per tal modo il primo testamento non si poteva considerare rotto, nè poteva farsi luogo alla successione intestata: ma poichè gli eredi istituiti nel primo testamento dovevano secondo la volontà del testatore essere esclusi, si considerò questa come una dichiarazione di indegnità. Si andò poi

---

la trattazione che seguirà in fine di questo paragrafo. Qui però occorre osservare subito che la frase finale di questo testo ha dato molto da fare agli interpreti. Il giureconsulto parla di un caso nel quale il testatore aveva distrutto il secondo testamento coll'intenzione di rimettere in vigore il primo. Se ora l'erede istituito nel primo chieda l'eredità e l'erede intestato gli opponga l'*exceptio doli* il primo può a sua volta replicare invocando la volontà del testatore:

« Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis, quae in hoc iudicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius, qui opponit, aestimatur ».

Vale a dire: « la nuda dichiarazione di volontà non è un testamento, ma qui importa solo vedere se l'eccezione sia fondata contro l'erede del primo testamento e ciò si deve determinare sulla base dei diritti dell'eccipiente, cioè dell'erede intestato. Ma poichè questi non può invocare a suo favore la volontà del testatore, invano cerca di paralizzare la domanda dell'erede testamentario colla sua *exceptio doli*. Vedi Fabro, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXIX, err. 7, n. 23 seg. — Averani, *Interpretationes iuris*, lib. I, cap. 11, n. 27. — Pothier, *Pand. Iust.*, t. II, lib. XXXVII, tit. 11 n. VIII, pag. 592 nota *g*.

55) L. 1 D. *de his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur* 28, 4); L. 1 § 10 e 11 D. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11.

anche più in là su questa via e secondo una decisione dell'imperatore MARCO AURELIO si considerò come una dichiarazione d'indegnità anche il fatto che il testatore avesse cancellato il nome dell'erede. Ciò ne è riferito da PAPINIANO nel XVI libro delle sue Questioni:

« Cum quidam scripsisset heredes, quos instituere non potuerat, quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus (sc. priori test. scriptis) tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem Senatus hereditatem. *Quod Divus Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat: causam enim ad Praefectos aerarii misit* »[56]).

Senza dubbio però le pretese dell'erario e del fisco andarono anche più oltre; si cercò di far valere lo stesso diritto anche quando il testatore avesse lasciato un secondo testamento incompleto. Anche qui si argomentava in questo modo: poichè secondo la volontà del testatore, nè gli eredi intestati nè gli istituiti nel primo testamento devono ricevere nulla e gli istituiti nel secondo poi non possono ricevere nulla, l'eredità va alla cassa pubblica. Ciò dette origine al ben noto senatusconsulto che fu emanato sotto l'influenza del mite imperatore ELVIO PERTINACE[57]) e il contenuto del quale così è riferito nelle Istituzioni di GIUSTINIANO[58]):

« Ex eo autem solum non potest infirmari testamentum, quod postea testatur id noluit valere, usque adeo ut, et si quis post factum prius testamentum posterius facere coeperit, et, aut mortalitate praeventus aut quia eum eius rei poenituit, non perfecisset, divi Pertinacis oratione cautum est (*sit*), ne alias tabulae priores iure factae irritae fiant, nisi sequentes iure ordinatae et perfectae fuerint ».

Che così egli si volesse opporre alle pretese del fisco è detto chiaramente dal biografo dell'imperatore Giulio CAPITOLINO[59]):

---

56) L. 12 D. *de his, quae ut indignis auferuntur*, 34, 9.

57) Gli scritti fondamentali su questo argomento sono BREUNING, *Prolusio ad orationum D. Helvii Pertinacis in* § 7 Inst. *quibus mod. test. inf.*, Lipsiae 1755 e la *Commentatio* dello SCHOTT citata a nota 33 *a*.

58) § 7 I. *quibus modis test. inf.*

59) CAPITOLINO, *Vita Pertinacis*, cap. VII.

« Legem [60]) sane tulit, ut testamenta priora non prius essent irrita, quam alia perfecta essent, *neve ob hoc fiscus aliquando succederet* ».

Dal passo seguente delle Istituzioni appare anche che si ebbe principalmente in mira di porre un argine alla soverchia estensione e alla ingiusta applicazione dei privilegi imperiali e fiscali. Mediante la regola *princeps legibus solutus est* si cercava di mascherare anche gli acquisti ingiusti degli imperatori, in particolare gli acquisti per testamenti che non avrebbero potuto valere.

Questo, come dispose lo stesso senatusconsulto, non doveva più accadere e così nacque il noto principio *princeps litis causa heres institui nequit* [61]). In una parola, soltanto un testamento perfetto [62]) poteva ormai avere influenza sul precedente; se qualche cosa mancava al secondo testamento, gli eredi istituiti non potevano essere esclusi nè dagli eredi intestati nè dal fisco. Ancora però seguitarono ad aver vigore i casi di indegnità già in antico stabiliti a favore del fisco; e così la cancellazione del nome seguitò ad essere considerata come un caso d'indegnità, salvo che l'intenzione del testatore non fosse diretta a far sottentrare gli eredi intestati, ciò che però non deve ammettersi in dubbio [63]).

Concludendo, la così detta revoca verbale di un testamento poteva avvenire soltanto mediante un testamento nuovo valido [64]). Ma una nuova specie di *ruptio testamenti* di natura tutta particolare fu in-

---

60) Nessun dubbio che con la parola *legem* si voglia indicare il senatusconsulto o l'*oratio Pertinacis*. In questa età, al III secolo dopo Cristo, non si deve aspettarsi troppa precisione nella denominazione delle varie fonti di diritto, massime fra gli scrittori non giuristi. Schott, *Comm.* cit., cap. III, pag. 47.

61) § ult. I. *quibus modis test. inf.* Vedi infra § 1438.

62) È molto discusso che cosa s'intenda per *tabulae perfectae* nell'orazione di Pertinace. Vedi il § 1430.

63) L. 4 in f. D. *de his quae in test. delentur* 28, 4: « Si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, *sed hoc approbaverint hi, qui ab intestato venire desiderant*, scriptis avocabitur hereditas ». — Cfr. Pothier, *Pand. iustin.* tit. *si tab. test. nullae extab.* 38, 6, num. III, nota *c*, t. II, pag. 628. *Comment.*, pag. 583 del vol. precedente.

64) Reinh. Bachov, *ad Inst.*, lib. II, § 6 (7), n. 2. — Arn. Vinnius, *ad eand.* § 1, 2. — Jac. Voorda, *Luctor. Lib. singular.*, cap. XXVIII. — Schott, *Comment.*, cit., cap. V, pag. 58 segg. — Pet. Greve, *Diss. de revocat. testament.*, § 9.

trodotta dall'imperatore ONORIO. Dopo che nell'anno 416 era stato disposto in nome suo e del suo collega TEODOSIO II che non si dovesse tener conto delle testimonianze che affermassero che il testatore aveva mutato verbalmente una disposizione testamentaria precedente fatta a favore dell'imperatore [65]), apparve due anni dopo la seguente costituzione [66]):

« IMPP. HONORIUS A. THEODOSIUS PALLADIO PRAEF. PRAET. Ne quis post diem mortis scriptis ante decennium testamentis praestetur assensus, nullisque penitus viribus scriptura huiusmodi, tempore antiquata, taxetur, praesertim cum, si voluntas continuata perstiterit, brevis mora sit, recentibus vetustatem innovare temporibus. Vix enim fieri potest, ut [67]) per haec tempora, quae fidei amore contraximus, omnem testium conscientiam mors coniurata surripiat, et revera nefas est, ut antiquae deliberationis ordinatio voluntas postrema dicatur » [68]).

Il senso generale è chiaro: un testamento deve perdere il suo valore quando sia stato già fatto da dieci anni [69]). Fra i motivi su cui

---

[65]) È la L. 5 Th. Cod. *de testamentis et codicillis,* 4, 4, la quale è poi stata riprodotta un po' mutata nel Codice di GIUSTINIANO come L. 20 *de testamentis,* 6, 23. Con questa costituzione gli Imperatori, come già prima PERTINACE, vollero dimostrare il loro disinteresse. Ma in essa non è affatto contrapposta la revoca verbale alla scritta e quindi non è espresso il pensiero che possa avvenire una semplice revoca scritta almeno a favore del fisco. La parola *scriptum* o *adscriptum,* come nel Codice teodosiano, si deve riferire a una disposizione formale scritta a favore dell'Imperatore. In questa non potea esser facile pericolo di frode mentre invece in quel tempo sarebbe stato assai facile trovare sette testimoni disposti ad affermare l'esistenza di un testamento verbale a favore dell'Imperatore. GREVE, *Diss. de revoc. test.,* § 4 in fine pag. 17. — MAREZOLL nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile), vol. III, pag. 188 seg.

[66]) L. 6 Th. Cod. *de test. et codicilis,* 4, 4. Scritti fondamentali, il *Commentario* di G. GOTOFREDO ad h. l. e CANNEGIETER, *Observationes iuris romani,* lib. I, c. 6.

[67]) Vedi su queste parole infra pag. 174 seg. e nota 76.

[68]) Dalla *subscriptio* « dat. Ravennae » gli interpreti argomentano che sia da considerarsi solo autore della costituzione l'imperatore ONORIO. Vedi SCHOTT, *Comm.* cit., cap. VIII, pag. 79.

[69]) La costruzione difficile del proemio dipende dall'interpolazione delle parole *post diem mortis,* che avrebbero potuto esser tralasciate intendendosi

l'imperatore si fonda appare come principale questo, che dopo il decorso di dieci anni forse non vi sarebbe più neppur un testimone e per conseguenza mancherebbero i mezzi per constatare l'esistenza e il contenuto del testamento; *fidei amore* significa qui *probationis amore*[70]). Ma come devono intendersi le parole *vix enim fieri potest . . . mors surripiat?* Gli interpreti non sono d'accordo su questo punto. Giacomo GOTOFREDO le spiega così: l'imperatore vuol dire che non è facilmente ammissibile che in un così lungo periodo di tempo i testimonii non siano tutti morti e che perciò egli ha stabilito questo tempo come il più lungo (*se tempora haec contraxisse id est coangustasse*) dentro il quale un testamento possa conservare la sua efficacia[71]); bisogna però supporre in questa interpretazione che sia caduta la particella *non* e leggere quindi *vix enim fieri potest ut non per haec tempora,* perchè altrimenti il periodo sarebbe tutto quanto privo di senso. Il GOTOFREDO crede anche che ONORIO sia partito dal falso concetto che il testamento perda la sua efficacia quando non esiste più alcun testimone[72]). Egli però ha trovato pochi seguaci[73]) e in fatto questa congettura non è necessaria. Già

---

benissimo che soltanto dopo la morte del testatore può venire in discussione la validità o invalidità d'un testamento. L'intero proemio si può riprodurre così: Nessuno può sostenere la validità di un testamento fatto più che dieci anni prima della morte del testatore, perchè una disposizione così antica deve ritenersi inefficace (*taxetur* ha lo stesso significato di *aestimetur*), tanto più che per il testatore è assai facile, se persiste nella sua volontà, di ripetere le sue antiche disposizioni.

70) Vedi GOTOFREDO, *Comm. ad h. l.* — MARCKART, *Interpretationes,* lib. II, c. 1 § 5, pag. 175. — CANNEGIETER, loc. cit., pag. 36.

71) Contro questa dichiarazione il CANNEGIETER, loc. cit., osserva:

« Male Gothofredus tempora, quae contraxisse et arctasse dicitur Honorius, ipsum decennium interpretatur; non enim decennium contraxit, sed spatium, quod olim valebat, testamenti porrigebaturque usque ad mortem, arctavit in decennium ».

In sostanza però dire che il decennio si prende come il periodo di tempo massimo e dire che il tempo che può correre tra la confezione del testamento e la morte senza danno per la validità del testamento è limitato a dieci anni è la stessa cosa.

72) « Exinde colligitur, Honorium pro certo posuisse, si testes omnes testamentarii mortui fuerint, testamentum irritari oportere ».

73) MARCKART, loc. cit., pag. 175 in f. seg. — CANNEGIETER, loc. cit., p. 37.

prima si attribuiva importanza al fatto che esistessero testimonii i quali riconoscessero i sigilli o potessero anche fare testimonianza sull'esistenza del testamento, senza però spingere la cosa al punto da derivarne la conseguenza che la mancanza di tutti i testimoni rendesse il testamento privo di valore [74]). Colla deposizione dei testimonii si tolgono nel modo il più facile i dubbii e le dispute che potrebbero altrimenti nascere facilmente e che non possono essere evitate del tutto neppure dalla *comparatio literarum* [75]); perciò l'imperatore vuole che dopo il decorso del tempo entro il quale probabilmente tutti i testimonii sono morti, il testamento divenga nullo. Maggior favore ha incontrato invece la proposta di emendazione [76]); soltanto il MARCKART crede che la interpolazione di un *non* non sia conciliabile con le parole *quae fidei amore contraximus*. L'imperatore vuol dire che egli ha stabilito il breve periodo di un decennio perchè dentro questo difficilmente tutti i testimoni possono essere morti [77]). Quest'interpretazione è acuta e può fare a meno dello spediente sempre in certo senso forzato di introdurre la particella negativa senza alcuna autorità di manoscritti; l'interpretazione del GOTOFREDO però si adatta meglio all'insieme del testo. Qualunque delle due interpretazioni si accolga, il concetto fondamentale però resta sempre le stesso; poichè dopo il decorso di dieci anni, facilmente mancherebbero le prove, dopo quel tempo ciascuno deve rifare un nuovo testamento, se non vuole che si apra la successione intestata. È parso strano che l'imperatore sia venuto in questo concetto perchè non è cosa solita che si chiamino a far testimonianza di un testamento persone molto vecchie o già morte [78]). Il GOTO-

---

[74]) L. 3 § 9 D. *de tabul. exhib.* 43, 5. — L. 6 D. *test. quemadm. aper.* 29, 3.

[75]) Nov. 73, cap. 7. — Chr. Frid. GLÜCK, *Diss. de testamenti privati solemnis probatione per septem testes in eo ordinando adhibitos, instit.* (Hal. 1777) § 7, in *Opusculis*, fasc. I, num. 8, vedi anche pag. 73 segg.

[76]) Anche il WENCK nella sua edizione dei primi cinque libri del Codice teodosiano l'accetta, nota *o*, pag. 207 seg. Il CANNEGIETER propone di introdurre *non*, non fra *ut* e *per*, ma prima di *omnem*, osservando che la caduta del *non* si può facilmente spiegare colla supposizione che in origine fosse scritto *ō* (cioè *non*) *omnem*.

[77]) MARCKART, loc. cit., pag. 177.

[78]) CANNEGIETER, loc. cit., pag. 36.

FREDO crede che le frequenti guerre avessero in quel tempo resa così mal sicura la vita che si possa menar per buono all'imperatore il suo presupposto [79]). Dice invece che il motivo aggiunto sulla fine del testo, non potersi un testamento così antico chiamare un'ultima volontà, è una *ratio iurisconsulto omnino indigna* e che ULPIANO d'altronde pensava del tutto diversamente quando diceva:

« Supremas (Praetor sequitur tabulas), h. e. eas, quae novissime ita factae sunt, ut post eas nullae factae sint; *supremae enim hae sunt, non quae sub ipso mortis tempore factae sunt; sed post quas nullae factae sunt, licet hae veteres sint* » [80]).

Tuttavia egli ammette che la volontà dell'uomo è mutabile, poichè ricorda anche la nota osservazione di PLINIO sul testamento di FANNIO: « Decessit veteri testamento, *omisit, quos maxime diligebat, prosequutus est, quibus offensior erat* » [81]). E certamente possono facilmente avverarsi delle circostanze per le quali il testatore pochi giorni prima della sua morte avrebbe molto probabilmente disposto diversamente che molti anni prima [82]); egli poteva, è vero, cambiare il testamento in ogni tempo, ma forse ne lo impedirono certi riguardi o anche una semplice dimenticanza. Sembra però che sia uno spinger troppo in là la cura del legislatore il far perdere al testamento la sua efficacia per il solo fatto che sia decorso un certo tempo, tanto più che il motivo addotto da ONORIO nel proemio della sua costituzione, la facoltà spettante a ciascuno di rifare il testamento, giustifica piuttosto la presunzione che il testatore abbia

---

79) Così anche il WENCK, loc. cit., nota *o*, pag. 208.

80) L. 1 § 1 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11.

81) PLINIO, *Epistolae*, V, ep. 5.

82) « Fac., dice il CANNEGIETER, op. cit. p. 37, Maevium, natum quatuordecim annorum, fecisse testamentum. Heredem scripsit patrem, matrem, fratres, sorores, aliosve propinquos, legata impertit amicis. Mox ad uxorem, forum, ad honores animum appellit, aliosque atque alios consuetudine vitae, morum similitudine, studiorum in republica gerenda coniunctione, amicos comparat, propinquos novos ex propinquorum nuptiis, etc. Rem fecit amplissimam. Moritur Maevius annos natus 60. — Amissi propinqui omnes, qui nominati, ex amicis — vix unus atque alter superstes. Quid, putasne hunc eandem habere voluntatem in senecta, quam habuerat adolescens? ». Ciò non è facile; ma chi potrebbe impedirgli anche in tal caso di revocare o cambiare il testamento fatto prima?

perseverato nella disposizione lasciata da lui immutata anzi che l'opposta che egli abbia per riguardo o per dimenticanza tralasciato di cambiarlo.

Giustiniano abolì la costituzione di Onorio, senza però richiamare in vigore l'antico diritto. La sua costituzione si trova nella L. 27 Cod. *de test.*, 6, 23:

« Imp. Justinianus A. Juliano Praef. Praet. Sancimus, si quis legitimo modo condidit testamentum, *et post eius confectionem decennium profluxerit*, si quidem nulla innovatio vel contraria voluntas testatoris apparuerit, hoc esse firmum. Quod enim non mutatur, quare stare prohibeatur? quemadmodum enim qui testamentum fecit, et nihil voluit contrarium, intestatus efficiatur? Sin autem *in medio tempore* contraria testatoris voluntas ostenditur, si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio, ipso iure prius tollitur testamentum. Sin autem testator tantummodo dixerit, non voluisse prius stare testamentum, vel aliis verbis utendo contrariam aperuerit voluntatem, *et hoc vel per testes idoneos non minus tribus, vel inter acta manifestaverit, et decennium fuerit emersum*, tunc irritum est testamentum *tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali.* Aliter etenim testamenta mortuorum per decennii trascursionem evanescere nullo patimur modo, prioribus constitutionibus, quae super huiusmodi testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis. *Dat. XV. Kalend. April. Constantinop. Lampadio et Oreste VV. CC. Conss.* » (530) [83]).

Secondo l'interpretazione comune e a parer mio esatta di questo testo l'imperatore ha ordinato qui che un testamento non deve essere annullato per il solo decorso di dieci anni, nè per la semplice volontà contraria del testatore, ma o per effetto di un nuovo testamento perfetto o per la revoca fatta davanti a non meno di tre te

83) I *Basilici* riferiscono questo testo molto brevemente e molto cambiato. « Un testamento non può essere revocato pel decorso di dieci anni, ma solo mediante una nuova dichiarazione perfetta di ultima volontà » (t. IV, pag. 776 ed Fabrot). Così è ristabilito del tutto l'antico diritto, poichè il testo non può naturalmente riferirsi che all'annullamento mediante *ruptio verbalis*.

stimoni o davanti al giudice insieme col decorso di dieci anni [84]), restando qui poi indeciso se i dieci anni si computino dal momento della fazione del testamento o dal momento della revoca. Non mancano però neppure coloro che sostengono che il decorso di dieci anni non sia necessario e basti soltanto la revoca, purchè fatta davanti a tre testimoni o *ad acta*. Il difensore più acuto di quest'opinione è Giov. Guglielmo MARCKART [85]). Gli argomenti che egli adduce sono: 1.° l'imperatore dichiara alla fine della costituzione che egli vuole abolire completamente (*penitus*) la legge di ONORIO [86]). In contrario

84) Quest'opinione si trova nei Glossatori e nella maggior parte degli scrittori del tempo seguente, teorici e pratici, di maniera che sono rari i dissenzienti. Mi limito a citare qui i seguenti scrittori moderni: A. FABER, *Errores pragmaticor.*, dec. XXXIX, err. VI. — A. MERENDA, *Controv. iur.*, lib. III, cap. 44, 45. — HANNESEN, *De rev. test.*, diss. I. — Jac. VOORDA, *Elector.*, cap. XXVIII, pag. 289. — PÜTTMANN, *Interpr. et observat.*, cap. XXVII, pagina 126. — Herm. CANNEGIETER, *Obs. iur. rom.*, lib. I, c. V. — SCHOTT, *Comment.* cit., cap. IX, pag. 83. — Pet. GREVE, *Diss.* cit., § 10. — RODATZ, *De verbali testamentorum revocatione*, § 14 — e i *Commentari alle Istituzioni* di BACHOV, VINNIUS e OTTO al § 7 (6) *Inst. quib. mod. test. infirm.* — Jo. VOET *ad Pand.* h. t. § 1. — Sam. STRYK, *In usu mod. ad Pand.* h. t., § 7 e *in cautel. testam.*, cap. 24, § 36. — HOEPFNER, *Commentar der Institutionen* (Commentario delle Istituzioni di EINECCIO), § 518, nota 6 e fra i trattati HELLFELD, § 1429. — THIBAUT, *Pandekten* (Pandette), II, § 979. — GUENTHER, *Principia iuris romani*, II, § 791 n. *a.* — SCHWEPPE, *Das roem. Privatrecht* (Il diritto privato romano nella sua applicazione odierna) edito dal MEIER, vol. V, § 869 pag. 237. — HUFELAND, *Lehrbuch des Civilrechts* (Trattato di diritto civile, vol. II, § 1299. — MACKELDEY, *Lehrbuch, etc.* (Trattato di diritto romano attuale), § 677 n. *a.* — WENING-INGENHEIM, *System des gem. Civilrechts* (Sistema di diritto civile comune), libro V, § 107. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum*, III, § 780, n. II. — HARTITZSCH, *Das Erbrecht, etc.* (Il diritto di successione secondo il diritto romano e il diritto odierno), § 419. — WARNKOENIG, *Comm. iuris romani novissim.*, t. III, § 1036, pag. 306. — HAIMBERGER, *Ius romanum privatum idque purum*, in tedesco sotto il titolo *Reines Roem. Privatrecht* (Diritto privato romano puro secondo le fonti e gli interpreti), Vienna 1835 § 734.

85) *Interpretat. recept. iuris civilis lection.*, lib. II, cap. 1 § 6, pag. 177 seg. Egli cita anche HUBERO, *Rerum iudicatarum*, parte I, obs. 66. Con qualche incertezza si dichiara per l'opinione del MARCKART anche il WEBER ad HOEPFNER, § 518 nota 6. Egli invoca anche la L. 4 § 10 Dig. *de doli mali except.*, 44, 4; ma le parole *heres qui non habet voluntatem* (*testatoris*) *per exceptionem doli repellitur* non si possono riferire alla semplice revoca verbale. Vedi la nota 54 immediatamente precedente e la nota 86 del seguente centinaio.

86) Può parere strano che l'imperatore parli nella fine di parecchie costi-

però è appena superfluo notare che per conoscere le intenzioni del legislatore circa il diritto precedente, non deve guardarsi tanto alle dichiarazioni generali di lui, quanto piuttosto al contenuto della legge, e d'altronde l'imperatore poteva anche dire benissimo di avere abolito completamente la disposizione di ONORIO secondo la quale il testamento doveva cessare di valere pel solo fatto del decorso di dieci anni. 2.° Egli osserva che la disposizione secondo la quale, oltre la revoca, sarebbe necessario anche il decorso di dieci anni, sarebbe più strana della stessa legge di ONORIO. Questa si può in qualche modo giustificare; non si capisce invece, come una volta che vi sia la revoca si possa richiedere anche il decorso di un certo periodo di tempo. Che la disposizione di GIUSTINIANO sia strana è ammesso anche dai difensori dell'opinione opposta [87]) e certamente GIUSTINIANO non avrebbe mai richiesto il requisito del decennio, se non lo avesse trovato già stabilito precedentemente, nè è facile giustificare come egli abbia abolito la conseguenza che dal decorso del decennio faceva derivare ONORIO e pur nondimeno abbia ancora attribuito un significato al decorso del tempo [88]). Tuttavia l'inconseguenza del legislatore e la mancanza di una buona *ratio legis* non possono essere motivi per limitare o disapplicare una disposizione di legge che per sè sia chiara. 3.° GIUSTINIANO, segue il nostro avversario, abolì la disposizione di ONORIO per il motivo che il sem-

---

tuzioni che trattavano della revoca dei testamenti e che non aveano più valore. Per quanto noi sappiamo, sull'annullamento del testamento pel semplice decorso del tempo non c'era altra costituzione che quella di ONORIO. Probabilmente per ciò l'imperatore aveva qui di mira l'*oratio divi Pertinacis* e in generale tutte le disposizioni precedenti sulla possibilità giuridica di revocare i testamenti mediante il semplice mutamento di volontà. Altrimenti egli avrebbe abolito qui anche il principio che la nuda revoca non distrugge il testamento.

87) Così per esempio HOEPFNER, loc. cit., il quale pensa che GIUSTINIANO colla sua innovazione abbia condotto la cosa a un punto peggiore che ONORIO.

88) In ogni caso si potrebbe sempre dire che l'imperatore non volle proprio abolire l'antica regola che i testamenti non potessero annullarsi per semplice revoca, ma solo ammettere eccezionalmente e molto limitatamente una deroga ad essa. Si potrebbe dire che l'avesse abolita se avesse concesso senz'altro la revoca davanti a tre testimoni o *ad acta;* la limitazione aggiunta invece non fa che rendere più difficile l'applicazione della legge ai casi pratici.

plice decorso del tempo non deve recare danno all'esistenza della disposizione di ultima volontà, posto che non si vede perchè non debba seguitare a valere ciò che il testatore non ha revocato. Da ciò egli argomenta che secondo l'intenzione dell'imperatore occorra la volontà opposta del testatore, o per dirla con le sue parole egli crede che il testatore abbia voluto dire la seguente cosa: *quod enim mutatur quare stare iubetur et quemadmodum qui testamentum fecit et illud postea stare noluit testatus efficietur?* Ma, astraendo anche dal restante contenuto del testo, questa conclusione riposa su basi molto mal sicure. L'imperatore non ammette la tacita revoca per il semplice decorso del tempo, per la ragione che ciò che è rimasto immutato non si può considerare come revocato. Ma ha egli con ciò detto qualche cosa sul modo come la volontà opposta deve essere espressa? Certamente no. L'imperatore ha stabilito espressamente, che non basta una semplice revoca e che l'annullamento del testamento deve avvenire mediante la confezione di un nuovo testamento perfetto, o con una dichiarazione fatta in giustizia, o davanti a tre testimoni, collegata col decorso di dieci anni. 4.° Il MARCKART osserva in contrario che dal fatto che l'imperatore ritenga insufficiente il decorso di dieci anni, ma richieda anche la revoca formale, non deriva che oltre la revoca egli ritenga necessario anche il decennio.

« Praesumtionem sustulit Justinianus, exigens expressam revocationem praeter decennium; e contrario vero non exegit decennii lapsum praeter revocationem ».

L'imperatore però richiede ambedue, la revoca e il decorso di dieci anni (*et decennium fuerit emersum*), e aggiunge inoltre che in questo modo il testamento è annullato per il concorso della volontà del suo autore e del decorso del tempo. Il MARCKART vuole intendere insieme con UBERO la menzione del decennio come una semplice ipotesi, nel senso cioè che l'imperatore abbia pensato al caso che il testamento fosse già fatto da dieci anni e si sia proposta la questione se avesse cessato di valere. Egli avrebbe risposto di no, stabilendo che perciò sarebbe occorsa anche la revoca. Le parole finali *aliter enim testamenta mortuorum per decennii transcursionem evanescere nullo modo patimur* devono intendersi secondo essi come una ipotesi; ma appunto le parole dispositive della costi-

tuzione sono così chiare e precise, che secondo le regole grammaticali e logiche non si può attribuir loro un significato soltanto condizionato. Invano il MARCKART osserva che GIUSTINIANO ha semplicemente ricostituito l'antico diritto secondo il quale la semplice revoca annullava il testamento. Se anche questa supposizione fosse esatta, essa non potrebbe avere alcuna influenza in un caso come questo, dove l'espressione della legge, lungi dall'essere incerta, è chiara e precisa. Tuttavia noi possiamo anche ammettere che fino alla costituzione di GIUSTINIANO la semplice revoca di un testamento non avesse effetti; ciò anzi è confermato in certo modo da questa costituzione. GIUSTINIANO però prescrive una determinata forma per questa revoca; or come sarebbe ciò stato possibile se già, secondo l'antico diritto, qualunque revoca avesse avuto efficacia? Evidentemente GIUSTINIANO voleva rendere più facile la revoca del testamento senza la sua distruzione; ma al tempo stesso egli ebbe riguardo alla natura formale del negozio e alla regola *nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere quo colligatum est* e ammise soltanto una forma di revoca più semplice per il caso che si fosse aggiunto anche il decorso di un decennio (vedi sopra nota 88).

L'imperatore, però, avrebbe potuto fare anche un passo più in là e dichiarare sufficiente senz'altro qualunque revoca. La regola stessa *nihil tam naturale, etc.*, non è neppure sempre necessaria e il MARCKART prova anzi con un caso da lui citato come la soverchia conseguenza nell'applicazione di essa porti a vere iniquità [89]). Il caso è il seguente: Alcuno partendo dalla patria ha lasciato il suo testamento deposto in giustizia. All'estero si ammala e poichè nel frattempo ha cambiato sentimento a riguardo dei suoi eredi testamentarii e vuol morire intestato, ma non ha tempo nè modo di fare un nuovo testamento, nè può distruggere l'antico, dichiara davanti a tre testimoni capaci che egli revoca il testamento e che intende di morire intestato. Poichè però dal tempo della fazione del testamento sono passati soltanto sei anni, la revoca non dovrebbe secondo una interpretazione letterale della L. 27 Cod. *de testamentis*, 6, 24 valere. Certo simili casi debbono richiamare l'attenzione del legisla-

89) MARCKART, loc. cit., § 2.

tore affinchè il diritto non debba essere sacrificato a forme inutili o a soverchio rigore di logica. Per il giurista però questo non è un motivo per sottrarsi all'osservanza della legge vigente, e dove la costituzione di GIUSTINIANO è in vigore, il testamento dovrebbe nel caso sopra esemplificato considerarsi ancora come esistente.

Diversa dall'opinione del MARCKART, ma concorde in certo senso nei risultati, perchè parte dalla presunzione di un mutamento di volontà è quella del GOTOFREDO, il quale crede che la costituzione dell'imperatore ONORIO sia tuttora in vigore per il caso che si avverino ancora quelle circostanze di tempo che indussero l'imperatore alla sua costituzione, quando cioè vi sia poca sicurezza e disordine in tutti i rapporti della vita, di modo che sia difficile l'osservanza delle forme prescritte per la revoca formale del testamento e possa anche facilmente avvenire la perdita di un nuovo testamento [90]. Questo è anzi secondo lui un esempio di una legge abrogata, che può essere nuovamente con vantaggio applicata quando si ripetano le condizioni di fatto che l'hanno originata [91]. Certo però è questa una teoria molto strana la quale importerebbe che una quantità di leggi abrogate e in generale tutte le leggi di carattere transitorio dovessero ritornare in vigore tosto che si ripetessero le stesse condizioni di fatto che vi dettero origine. Ma colla legge stessa è abolita anche la *ratio legis* di essa, e inoltre qui non si parla neppure della *ratio legis* vera e propria, ma dei semplici motivi esteriori, sui quali, secondo i principii dell'interpretazione comunemente ammessi, non si può fondare alcuna teoria giuridica per mezzo di deduzioni logiche [92]. Se poi si aggiunga che da un lato il preteso motivo della legge riposa su una ipotesi molto incerta, dall'altro che quando qualche cosa si deve presumere, è piuttosto da presumere che alcuno abbia perseverato nella sua volontà, anzichè abbia mutato, non si riterrà necessario addurre altri argomenti a confutazione dell'opinione del GOTOFREDO.

---

90) GOTOFREDO, *Comm. ad* L. 6 Th. Cod. *de test. et cod.*

91) « Atque ita exemplum luculentum hic habemus legis quamlibet abrogatae, quae ad suum tempus expensa, eodemque recurrente, haud iniqua videri queat ».

92) HUFELAND, *Ueber den Geist des R. Rechts* (Sullo spirito del diritto romano), vol. I, diss. II, pag. 19 seg.

Torniamo all'opinione comune, fra i difensori della quale vi sono anche parecchie diversità secondarie e tocchiamo prima alcune questioni accessorie, che ben di rado sono trattate. Debbono i testimoni della revoca avere le stesse qualità dei testimoni del testamento? debbono essere rogati? è necessaria la *unitas actus?* Per ciò che riguarda la prima questione, GIUSTINIANO dice *tres testes idoneos,* ma poichè quest'espressione si può anche adattare alle persone capaci in genere di fare testimonianza [93]), così essa non prova in alcun modo che i testimoni debbano avere le qualità dei testimoni del testamento. Piuttosto, si potrebbe invocare per questa opinione il fatto che, mentre per regola bastano due testimoni per far prova GIUSTINIANO ne richiede qui tre, oppure la revoca in giustizia, prescrive cioè una forma solenne. Anche in altri casi però i testimoni sono richiesti in numero maggiore di due, non per solennità, ma per maggiore sicurezza della prova [94]) e poichè si capisce benissimo che l'imperatore trattandosi qui della revoca di un testamento valido e intatto, che si deve presumere sempre esistente, richieda una prova più rigorosa, anche quest'argomento non ha un gran valore; sembra anzi che si possa invocare in contrario la regola che ogni espressione deve essere intesa nel senso più generale, o con altre parole *lege non distinguente nec nostrum est distinguere* [95]). Per queste ragioni fu anche dichiarata valida la revoca in un caso citato da HANNESEN nel quale erano state chiamate fra i testimoni due donne [96]). Io ritengo tuttavia più esatta l'opinione contraria. La legge di GIUSTINIANO è una legge semplicemente correttiva e perciò deve essere intesa nel senso che meno si allontani dal diritto precedente. Ora secondo il diritto precedente, astraendo dalla innovazione di ONORIO,

---

[93]) BRISSONIO, *De verb. sign.*, v. *idoneus* § 3 in f.

[94]) Così, per esempio, si richiedono cinque testimoni per la prova della tutela (L. 15 § 1 Cod. *de testibus,* 4, 20), per la prova del pagamento quando il titolo del credito si trovi ancora nelle mani del creditore (L. 18 *eod.*).

[95]) Vedi il mio *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Trattato del diritto delle Pandette), § 60 nota 7.

[96]) HANNESEN, diss. I, *de revocatione testamenti,* § 13-21. Della questione se una donna possa esser testimone in un codicillo tratteremo a suo tempo al § 1513.

che qui non c'interessa, un testamento non poteva essere revocato, se non mediante un nuovo testamento. GIUSTINIANO ordina che sotto certe condizioni la revoca sia possibile, anche di fronte ad un numero di testimoni minore di quello prescritto per la confezione di un testamento; egli ha dunque diminuito il numero dei testimoni, ma sulla qualità di essi nulla ha detto onde deve qui seguirsi la regola generale, secondo la quale le donne non sono capaci di fare da testimoni negli atti solenni. Aggiungasi che qui non si tratta soltanto di testimoni che debbano far prova, come avviene in altri casi nei quali si richiedono più di due testimoni, ma di un atto di revoca, che deve per disposizione espressa di legge esser fatto davanti a tre testimoni. I tre testimoni dunque sono un requisito essenziale della revoca, in altre parole sono testimoni *ad solemnitatem* [97]) e sono anche soltanto tali. La prova che il testamento è stato revocato davanti a tre testimoni può perciò farsi anche con altri mezzi, per esempio con documenti o colla deposizione di due testimoni [98]), cosa questa che non è ammissibile, quando la legge richieda l'attestazione di un certo numero di testimoni che un dato negozio giuridico sia stato compiuto in un dato modo [99]).

La seconda questione, se i testimoni cioè debbano essere rogati, è in verità una questione del tutto oziosa. Quando un negozio giuridico non sia valido se non per una dichiarazione fatta davanti a testimoni, naturalmente non basta, come per una prova, che la dichiarazione sia stata fatta in presenza dei testimoni, questi debbono

---

97) Con ragione il GRIESINGER, *Commentario al diritto territoriale del Würtemberg,* parte III, tit. XX, § 2 e gli scrittori da lui citati al vol. VI, p. 471 nota *i* ritengono per ciò che i testimoni debbano esser maschi. L'occasione a questa disputa è venuta dalla disposizione del *Diritto del Würtemberg,* parte III, tit. XX, § 2 per la quale il testamento deve esser revocato in giustizia o davanti a quattro persone onorate capaci e ciò deve esser provato poi dagli eredi. L'espressione scelta però (*taugliche Personen*) è tale che meglio assai dell'espressione usata nella costituzione di GIUSTINIANO si potrebbe riferire anche a semplici testimoni probatorii.

98) Arg. Nov. 73, cap. 7 pr.

99) Vedi L. 18 Cod. *de testibus* 4, 20: « nisi quinque testes idonei . . . cum sacramenti sui religione deposuerint, sub praesentia sua debitum esse solutum ».

anche sapere di che si tratta, devono esser fatti consapevoli che si compie un negozio giuridico del quale dovranno far testimonianza. Nelle fonti è detto che riguardo ai testimoni di un codicillo la rogazione non è necessaria [100]). Certamente ciò non significa che qualunque dichiarazione fatta anche per caso in presenza di cinque testimoni su argomenti, che costituiscono normalmente il contenuto di una disposizione di ultima volontà, sia un codicillo. Qui piuttosto si vuole indicare con quella parola l'invito fatto ai testimoni colla formula solenne della rogazione [1]). Questa solennità però è già ignota allo stesso diritto romano nuovo e per ciò in questo riguardo non esiste differenza fra testamenti solenni e codicilli [2]); una rogazione

---

100) In una aggiunta a una costituzione di Teodosio II dell'anno 424 (L. ult. § 3 Cod. *de codicillis*, 6, 36) è detto dei testimoni del codicillo « *vel rogati vel qui fortuito venerint* ». Il contrapposto però non è sicuramente esatto, cioè non si spiega in che cosa consista propriamente il rogare. Anche dei testimonii testamentarii infatti Ulpiano dice:

« Licet ad aliam rem sint rogati, vel collecti, si tamen ante testimonium certiorentur, ad testamentum se adhibitos, posse eos testimonium suum recte perhibere ».

Da ciò però potremmo concludere che vera rogazione non sia mai stata necessaria pei testimoni codicillari.

1) Confr. § 1413 del *Commentario*. L'argomento però merita una particolare trattazione che sarà fatta appresso al § 1513 nel trattato dei codicilli.

2) Non deve far meraviglia che *rogare testes* sia usato anche nelle nostre fonti pratiche come se fosse ancora una forma vigente pel testamento solenne. La regola *testes rogati adesse debent* era già *ab antiquo* divenuta una regola pratica. E simili regole e concetti si seguitarono ad insegnare, benchè avessero perso il loro significato sostanziale, perchè non era da temere che esse fossero praticamente fraintese. Furono fraintese però talvolta in tempi più tardi; vedi per esempio L. ult. § 3 Cod. *de codicillis*, 6, 36. Più ancora però è stata fraintesa la nostra regola nell'*Ordinanza notarile dell'impero*, tit. 1 § 3 e dai moderni scrittori. Le dispute sulla rogazione (se sia necessaria, a chi ne incomba la prova, e simili) o sono pienamente inutili o non si riferiscono soltanto ai testamenti solenni. In Hoepfner e Weber (§ 626) è detto a riguardo dei codicilli: « Non è necessario che i testimoni siano rogati solennemente come nei testamenti. Ma non si può affermare che non fosse necessario nulla di simile a una rogazione; perocchè i testimoni devono essere invitati all'atto come tali. Se io dichiarassi in una società di cinque persone che dopo la mia morte debba farsi una data cosa, senza pregare quelle persone di ascoltarmi come testimoni, la mia dichiarazione non potrebbe considerarsi un codicillo ». Così però è detto chiaramente che ormai

nel senso ordinario della parola è necessaria in questo e in qualunque negozio giuridico che richieda l'intervento dei testimoni, non meno che in quelli [3]). La terza questione, se sia necessaria l'unità dell'atto, non ha qui la stessa importanza pratica che ha pei testamenti per la ragione che in una revoca difficilmente avverrà l'immistione di altri negozii giuridici o una lunga interruzione. Che la dichiarazione di revoca non possa farsi dinnanzi a ciascun testimone separatamente e che essa debba esser chiara, precisa e connessa è cosa che s'intende da sè. Pel resto io sono dell'opinione dell'HANNESEN che la così detta *unitas actus* non possa qui considerarsi un requisito vero e proprio come nei testamenti [4]), perocchè se la forma di revoca introdotta da GIUSTINIANO si spiega ammettendo che prima occorresse per distruggere una disposizione di ultima volontà un nuovo testamento, la semplice revoca però non si può mai considerare come una vera disposizione testamentaria.

Più discussa di tutte le precedenti è la questione se il decennio si computi dal tempo della fazione del testamento o dal tempo della revoca [5]). Quelli che seguono questa seconda opinione si fondano

---

non c'è più differenza fra testamenti e codicilli per la rogazione, perchè la forma non ha certo oggidì alcuna importanza.

3) Confr. Nov. 90 c. 2; MERENDA, *Controversiae iuris*, lib. III, cap. XLV, n. 7, 8. — Il HANNESEN, loc. cit., § 22, nega la necessità di una rogazione dei testimoni della revoca pel motivo che essa non era necessaria secondo lui neppure nei codicilli. Vedi la nota precedente. — Il GRIESINGER, *Commentario al diritto del Würtemberg*, sostiene invece l'opinione giusta. Vol. VI, pag. 471, nota *k*.

4) HANNESEN, loc. cit., § 23.

5) Vi è ancora una terza opinione secondo la quale la revoca sarebbe possibile soltanto dopo trascorsi dieci anni dalla fazione del testamento; in tal caso però la revoca avrebbe effetto subito. Questa opinione però è ricordata di rado ed ha trovato anche pochi seguaci. SCHOTT, *Comm. de post. testam. imperfecto*, cap. IX, pag. 82. Anche nella Glossa di ACCURSIO sono ricordate soltanto quelle due opinioni (vedi il *casus* ad h. l. e gl. *fuerit, d.*); nelle *Dissensiones dominorum di* UGOLINO sembra però che di passaggio si accenni alla terza:

« Item differunt in *L. Sancimus* (27), ubi dicitur, quod si testator fecerit testamentum, etc. Dicunt Quidam, quod decennium debet transcurrere tantum post talem manifestationem et contrariam voluntatem. Sed Dominus *Azo* contra, et dicit, quod sufficit, si transeat a tempore conditi testamenti

a) sulla connessione delle parole dispositive. Queste dicono: « *Sin . . . hoc vel per testes idoneos . . . manifestaverit et decennium fuerit emersum* », ciò che si spiega secondo essi nel modo il più semplice: « se egli ha dichiarato la sua volontà opposta e in seguito sono decorsi dieci anni ». *b*) Un secondo argomento è la dichiarazione dell'imperatore che il decennio per sè solo non porterebbe alcun effetto, dal che si argomenta che esso seguiti ad operare soltanto dopo che è seguìta la dichiarazione di revoca [6]). Il legislatore però dichiara soltanto che il decorso del tempo non debba più operare da solo senza revoca; l'uno e l'altro debbono coesistere; ora questo avviene sempre quando dalla confezione del testamento alla morte del testatore siano decorsi dieci anni. Ciò che vi ha di effettivamente strano e meraviglioso in questa costituzione si viene ad aumentare quando non si tenga conto del tempo precedente alla revoca e si faccia dipendere l'effetto di questa soltanto dal fatto che il testatore abbia perseverato per dieci anni nella sua ultima disposizione. Certo è che il decennio stabilito nella costituzione dell'imperatore ONORIO fu mantenuto, ma esso non deve più operare da solo, bensì soltanto congiunto con la revoca. Ora poichè in quella costituzione il termine *a quo* è il tempo della confezione del testamento, così in dubbio non si può ammettere neppure un cambiamento di quel termine iniziale. Si aggiunga che nel principio della costituzione di GIUSTINIANO è detto espressamente che il decorso di un decennio dalla confezione del testamento (*si post eius confectionem decennium profluxerit*) non deve da solo distruggere il testamento. Quando pertanto in seguito è detto che cosa si debba aggiungere a ciò per poter dichiarare nullo il testa-

---

decennium, et ita, *si postea* testator dicat, se nolle id valere, coram testibus tribus id exprimendo vel inter acta, irritum fiet testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali. Quod ergo dicitur: *et decennium fiat* (fuerit) *emersum*, subaudiebat ipse ante mortem testatoris, post factum tamen testamentum, ut dictum est. Sed Alii dicunt ante mortem et post ostensam contrariam voluntatem. Azonis tamen melius placet opinio, refutata opinione superiorum et ultimorum ». Vedi Gust. HAENEL, *Dissensiones dominorum s. controversiae veterum iuris Romani interpretum qui glossatores vocantur* (Lips. 1834), pag. 449 seg.

[6]) Giov. Fed. HERTEL, *Politische Thee und Caffee Tassen* (Tazze di tè e di caffè politiche), n. XLVII, pag. 138.

mento s'intende che non si può riferirsi ad altro termine che a quello sopra indicato. Al contrario non può avere alcuna importanza la connessione delle parole dispositive della quale si faceva cenno sopra. Esse possono apparire equivoche soltanto se le si considerino separate dal resto del discorso, ma ogni incertezza sparisce quando si esamini la disposizione nel suo complesso [7]. Per questi motivi l'opinione che il decennio decorra dal tempo della confezione del testamento è stata sempre accolta dal maggior numero degli scrittori [8].

Una delle controversie fondamentali in questa materia si riferisce alla questione se la revoca del testamento fatta dinanzi a sette testimoni non valga anche senza il decorso dei dieci anni. L'opinione affermativa ha trovato molti seguaci, alcuni dei quali l'accettano pienamente, altri l'accettano solo con qualche distinzione. Oltre parecchi scrittori antichi [9] appartengono a questa schiera fra i moderni Bachovio [10], Hubero [11], Giovanni Andrea Hannesen [12], G. L. E.

---

7) Si suole anche e con ragione, io credo, argomentare dalle parole dell'imperatore « *si in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur* », cioè o « se il testatore esprime la volontà contraria nel tempo che corre fra la confezione del testamento e la sua morte », o « se egli si dichiari prima del decorso di dieci anni ». — Qualunque di questi due significati conferma l'interpretazione esatta.

8) Possono citarsi qui soltanto il passo delle *Dissensiones dominorum* citato a nota 5 e gli scrittori citati da Hertel, loc. cit. a pag. 137, num. *a.* — Merenda, *Controversiae iuris*, libro III, cap. XL e inoltre Hannesen, diss. I, *de revocatione testamentorum*, § 7-12. — G. G. Sammet, *Hermeneutik des Rechts* (Ermeneutica del diritto) pubblicata da Born, pag. 193 e seg., il quale a torto si richiama ai *Basilici*, perchè essi non portano alcun contributo all'interpretazione della legge di Giustiniano (Vedi sopra nota 83) e finalmente la maggior parte dei trattati (vedi nota 84). Il mio trattato però fa un'eccezione perchè in esso è esposta l'opinione qui rigettata. Questa opinione è stata accolta nel Codice bavarese; ivi è detto (Parte III, capo III, § 26, numero 4): se i testimoni siano stati almeno tre, la revoca vale *quoad institutionem vel substitutionem* non altrimenti che se fossero passati dieci anni dal tempo della revoca.

9) Bartolus, *In Comment.* ad L. 18 D. *de leg.* III, num. 3. — Baldus, ad L. 27 C. *de test.*, num. 2.

10) Ad § 6 (7) Inst. *de test.*, num. 2.

11) Ulr. Huber, ad Inst. tit. *quib. mod. test. infirm.*, § 8-10.

12) Diss. II, *de testamenti revocatione*, § 4-12.

PÜTTMANN [13]), A. F. SCHOTT [14]), Pietro GREVE [15]), Pietro Andrea RODATZ [16]). In generale si cerca di giustificare questa opinione col seguente argomento: poichè per una regola generale un rapporto si estingue nel modo opposto a quello onde è nato e i testamenti si fanno davanti a sette testimoni, così essi devono potersi annullare anche con una dichiarazione davanti a sette testimoni. Spesso si fa valere questo principio senza alcun limite, cioè si ammette una revoca semplice di tutte le specie di testamenti scritti e verbali [17]); altri invece applicano con maggior conseguenza la regola *naturale est, eo genere quodque dissolvi, quo colligatum est* e richiedono una dichiarazione esplicita di volere far luogo alla successione intestata [18]), altrimenti non riconoscono efficacia alla semplice revoca se non nei testamenti verbali perchè una semplice dichiarazione davanti a testimoni non corrisponde al modo di origine del testamento scritto [19]).

Dalle parole della legge d'altronde appare chiaramente che al numero dei testimoni non si attribuisce alcuna importanza. L'imperatore richiede espressamente una dichiarazione davanti a non meno di tre testimoni e il decorso di un decennio: l'aumento del numero dei testimoni non potrebbe dunque attribuire alcun maggior valore alla revoca; soltanto se quelli fossero meno di tre non basterebbero. La regola sopra enunciata è applicata falsamente in questa opinione. Un testamento si può fare con sette testimoni, ma ciò non basta, esso richiede anche l'istituzione d'erede [20]), senza della quale non si può dire che si sia compiuto un atto corrispondente alla forma pre-

---

13) *Interpret. et observat.*, cap. XXVII, pag. 127-131.

14) *Comment.* cit. in opuscul., pag. 82 segg.

15) Diss. *de mutat. et revoc. test.*, § 9.

16) Diss. *de verbali test. rev.*, § 4 segg.

17) Così HANNESEN, PÜTTMANN, SCHOTT.

18) Così BARTOLO, loc. cit., e ALESSANDRO DA IMOLA, *ad* L. 27, num. 9 C. *de test.*, 6. 23.

19) Per esempio BACOVIO, loc. cit., num. 2. Anche HUBERO, loc. cit., il quale si esprime in modo assai indeterminato, sembra avere questa opinione. Una opinione particolare, ma non illogica è quella del GREVE, *Diss.* cit. § 9, pag. 35. Anche un testamento scritto può essere revocato mediante una dichiarazione fatta in iscritto davanti a sette testimoni e da questi sottoscritta e sigillata.

20) § 34 I. *de legat.*, 2, 20: *testamenta vim ex heredis institutione accipiunt.*

scritta per la sua nascita [21]). Perciò la differenza fra testamento orale e testamento scritto non ha sotto questo riguardo alcun significato. Bisogna piuttosto guardare alla specie della dichiarazione; e poichè per l'istituzione di erede non è necessaria alcuna forma determinata [22]), così la semplice dichiarazione di revoca si può sempre considerare come un'istituzione degli eredi intestati. Si potrebbe a dir vero opporre che un'istituzione d'erede richiede sempre una dichiarazione positiva del testatore di nominare erede una determinata persona e che la dichiarazione del testatore di voler revocare il testamento e lasciar luogo alla successione intestata ha un significato puramente negativo. Tuttavia io come giudice mi pronuncerei per la validità della revoca perchè non mancando motivi per interpretare questa come una istituzione degli eredi intestati è il caso di applicare la regola che nel dubbio si deve decidere per il mantenimento in vigore della dichiarazione di ultima volontà [23]). È sempre più cauto però dichiarare esplicitamente ciò, anzi che rimettersi all'interpretazione liberale del futuro giudice eventuale [24]).

---

21) Alcuni difensori di questa opinione non danno peso a questo argomento. Il Hannesen ritiene che la *legitima heredis institutio* sia un requisito necessario di un vero e proprio testamento, ma è di opinione che in ogni revoca ci sia sempre una tacita istituzione d'erede (loc. cit. § 5 e la prima nota ivi). Tuttavia non si capisce come ciò possa conciliarsi coll'opinione difesa da questo scrittore nella prima dissertazione, che i testimoni della revoca possano anche essere di sesso femminile e che non sia necessaria la rogazione dei medesimi nè l'unità dell'atto. In breve nella prima dissertazione cerca di dimostrare la differenza fra l'atto di testamento e l'atto di revoca, qui invece egli si affatica a dimostrare che una revoca davanti a sette testimoni si debba considerare sotto ogni riguardo come un vero testamento. Tutta questa argomentazione riposa anche sopra una petizione di principio perchè è supposto come provato ciò che ha bisogno di prova.

22) L. 15 C. *de test.*, 6, 23.

23) Arg. L. 10 pr. Dig. *de inoff. test.*, 5, 2.

24) Il più spesso l'opinione qui difesa è insegnata senza alcun limite, cioè neppure nella dichiarazione espressa che debba farsi luogo alla successione intestata si ritiene essere un'istituzione d'erede. A. Fabro, *Error. Pragmaticor.*, dec. XXXIX, err. VI. — Ant. Merenda, *Controvers. iur.*, lib. III, cap. XLIV. — Vinnius ad § 7 I. *quib. mod. test. infirm.*, num 1 segg. — Sam. Stryk *in cautel. testam.*, cap. XXIV, § 36. Vedi Höpfner nel *Commentario*, § 518, nota 6, num. 2. — Schweppe, *Das römische Privatrecht ausgegeben von Wilh.* Meier (Il diritto privato romano edito da Guglielmo Meier), vol. V, 869, p. 237;

Vi è ancora un'opinione particolare secondo la quale la revoca fatta davanti a tre testimoni senza il decorso di dieci anni è inefficace, mentre la revoca giudiziaria diviene efficace subito [25]). Questa opinione si fonda sul concetto che se una revoca davanti a sette testimoni equivale ad un nuovo testamento, una dichiarazione giudiziaria non può valer meno, posto che con tale dichiarazione si può fare un testamento non meno che con una dichiarazione davanti a sette testimoni. Quello che GIUSTINIANO dice riguardo alla necessità del decorso di dieci anni non dovrebbe secondo quest'opinione riferirsi alla dichiarazione giudiziaria fatta privatamente davanti a tre testimoni. In fatto però questa interpretazione è la più arbitraria di tutte; la disposizione di GIUSTINIANO sul decorso del decennio è strettamente collegata colla dichiarazione di revoca *ad acta*, di modo che è impossibile non riferire quella disposizione anche a questa revoca, ma soltanto alla revoca davanti a tre testimoni. Il vero è che la dichiarazione *ad acta* non vale meno di quella davanti a sette testimoni, ma questo è un argomento di più per concludere che la semplice revoca davanti a sette testimoni non annulli da sola il testamento [26]).

Se però il principio che una revoca davanti a sette testimoni rompe senz'altro il testamento deve valere in qualche modo [27]) o se ciò si ammette per lo meno come interpretazione della dichiarazione di volontà secondo i principii del diritto comune, la conseguenza richiede che non si faccia neppur qui distinzione fra testamento scritto e testamento orale. L'uno non vale più dell'altro, l'antico testamento scritto è distrutto dal più recente orale, come viceversa l'orale dallo scritto, nè ciò è in contradizione colla regola che un negozio giuridico formale non può essere annullato se non mediante un atto contrario a quello che lo fa nascere, perchè giuridicamente tutti i

---

lo stesso pensa giustamente anche il THIBAUT dove dice: « La stessa revoca davanti a sette testimoni prima del decorso di dieci anni è inammissibile » (*Pandette*, vol. II, § 975, 8.ª edizione). Però la revoca non è inammissibile, ma soltanto inefficace.

25) RODATZ, *Diss.* cit., § 9.

26) Antonio MERENDA, *Controv. iur.*, lib. III, c. XLIV, num. 5.

27) Vedi per esempio *Codice bavarese*, parte III, cap. III, § 26, num. 3.

testamenti validi si equivalgano. La diversità del modo di origine può produrre effetti diversi sotto riguardi accessori, per esempio nel riguardo della prova; ma sull'essenza del negozio questo non ha influenza. Da ciò segue che quando è riconosciuto in generale che il testamento possa essere annullato da una revoca fatta in una determinata forma, questa forma deve applicarsi a tutte le specie di testamenti con i medesimi effetti, per quanto essa si avvicini più ad una forma di testamento che ad un'altra. E questo vale anche per l'applicazione della legge di GIUSTINIANO. Tutti i testamenti, anche privilegiati, si possono annullare colla revoca davanti a tre testimoni congiunta al decorso dei dieci anni, in mancanza di questi requisiti essi seguitano a restare in vigore alla pari dei non privilegiati [28]). L'opinione di alcuni scrittori secondo i quali i testamenti *ad pias causas* cadono quando siano revocati davanti a due testimoni [29]) riposa sulla falsa applicazione della regola che un negozio si annulla nel modo stesso come nasce. Se sia fatto un nuovo testamento *ad pias causas* davanti a due testimoni, il primo cade naturalmente da sè, ma la semplice revoca davanti a due testimoni non può qui operare diversamente che negli altri casi [30]). Solo pel testamento di un soldato vale anche a riguardo della revoca un diritto speciale. *Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest ita et adimere potest*, dice ULPIANO [31]) e ciò naturalmente si applica anche al testamento fatto dal soldato coll'osservanza delle forme comuni che egli non voglia più lasciar valere:

« Nam quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate

---

28) Vedi WEBER ad HÖPFNER, § 519, nota 6, pag. 421. Vedi appresso a nota 30, e più oltre nota 32

29) Fra gli scrittori moderni difende questa opinione il GREVE, *Diss.* cit., § 10, pag. 41.

30) Vedi MERENDA, *Controversiae iuris*, lib. III, cap. XLV, num. 10.

31) L. 15 § 1 Dig. *de testamento militis*, 29, 1. L'esempio aggiunto: *Denique si cancellaverit testamentum suum vel inciderit, nullius erit momenti*, considerato per sè stesso, non appartiene propriamente a questo argomento, perchè lo stesso vale anche per gli altri testatori. La ragione però per cui ULPIANO adduce tale esempio appare dalle parole seguenti: *si tamen cancellaverit testamentum, et mox valere voluerit, valebit ex suprema voluntate*. È dunque la volontà del testatore quella a cui si annette importanza.

rescindetur, quoniam voluntas quoque militis testamenti (*sc.* vice) est » [32]).

---

32) L. 34 § 8 Dig. *de testamento militis*, 29, 1. Immediatamente prima è detto: *nec tamen circa militem eadem adhibebitur distinctio.* Queste parole si riferiscono al § 1 del testo, che così dice: *militia missus intra annum testamentum facere coepit, neque perficere potuit; potest dici, solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, si iure militiae fuit scriptum, alioquin si valuit iure communi, non esse iure rescissum.* Un veterano (*militia missus*) il quale ha già fatto testamento da soldato comincia a farne uno nuovo entro l'anno dal congedo, ma muore prima del suo compimento. Il testamento non completo non può naturalmente valere, ma il primo non sarà annullato dalla contraria volontà del testatore? Papiniano distingue se il primo testamento era non formale (*iure militiae scriptum*) o se era stato fatto secondo la forma regolare; nel primo caso lo ritiene revocato, nel secondo no.

Noi abbiamo qui una vera eccezione alla regola che anche i testamenti privilegiati, salvo quelli del soldato, non possano annullarsi altrimenti che nella forma ordinaria, e secondo il principio *lex specialis derogat generaliori* dobbiamo ritenere ancora in vigore questa eccezione dopo la nuova regola introdotta da Giustiniano con la L. 27 C. *de testamentis*, 6, 23. Essa così si esprime: Com'è noto, il testamento non formale di un soldato è mantenuto in vigore per un anno dopo il congedo del testatore. Il testamento militare vale adunque come il semplice prodotto della volontà del testatore e come tale seguita a valere per tutto il primo anno dopo il congedo; la conseguenza giuridica esige per ciò che la volontà opposta espressa in qualunque modo durante questo periodo si debba considerare come produttiva degli stessi effetti della volontà di un soldato effettivo, altrimenti non si potrebbe dire che il testamento ha gli stessi effetti pei veterani e pei soldati. Naturalmente però questo diritto non può valere che pei testamenti considerati validi anche pei veterani soltanto in forza di un privilegio; se il soldato ha testato *iure communi* non ha bisogno di alcun privilegio affinchè il suo testamento valga anche dopo il congedo e per ciò anche quel testamento non può essere revocato che nella forma ordinaria. Diversamente vanno le cose quando un soldato voglia revocare il testamento fatto nella forma ordinaria; in tal caso basta la semplice dichiarazione di volontà, perchè questa vale sempre per i soldati come *suprema voluntas.* Gli antichi interpreti derivano da questo testo la regola *privilegium facilius tollitur quam ius commune* (vedi la Glossa di Accursio, Bartolo ad h. l. ed altri interpreti dei secoli XIV e XV). Altri trovano qui una semplice interpretazione del principio che il negozio può essere distrutto nel modo opposto a quello com'è nato (Pothier, *Pand. Inst. tit. de test. mil.*, numero 53 nota *b*, tomo II, pag. 231). Ambedue le cose sono vere; soltanto la prima regola non spiega nulla, la seconda s'intende di solito in modo così generale da condurre a risultati del tutto falsi, come per esempio quello che un testamento fatto davanti a due testimoni si possa anche revocare davanti a due testimoni.

Il motivo è chiaro. Nell'ultima volontà del soldato non si guarda alla forma, ma solo alla volontà e questa regola si osserva per l'annullamento non meno che per la fazione del testamento [33]. Invece i testamenti privilegiati dei genitori (*testamenta parentum inter liberos*) possono secondo l'opinione comune revocarsi soltanto mediante un testamento solenne o una revoca davanti a sette testimoni [34]. Molte obiezioni però si oppongono a questa opinione. La Novella 107 capo II dice bensì che un tale testamento si rompe non con un testamento privilegiato, ma soltanto con un testamento formale, ma non per questo sono escluse le altre forme ordinarie di annullamento. Il legislatore dice: quando i genitori vogliono fare una nuova disposizione debbono testare formalmente, ma così non è detto nulla sopra la nuda revoca e quindi è da credere che anche il testamento dei genitori possa essere annullato per la revoca fatta davanti a tre testimoni congiunta al decorso di dieci anni. Invece nella stessa Novella non si trova la disposizione che la semplice revoca davanti a sette testimoni annulli il testamento, ma il legislatore parla soltanto dei sette testimoni in riguardo al nuovo atto di testamento [35]. Maggiori particolari su questo punto seguiranno però nel § 1481.

Anche la revoca dei testamenti giudiziarii cade sotto le stesse regole, perchè la legge parla in generale. La revoca davanti a tre testimoni congiunta al decorso dei dieci anni dalla confezione del testamento annulla questo, altrimenti occorre un nuovo testamento pubblico o privato davanti a sette testimoni [36]. Tuttavia è molto discusso se il testamento giudiziario perda la sua efficacia per il fatto che fu ritirato dalla giustizia. Questa questione può essere

---

33) *Nam voluntas militis pro iure servatur*, L. 1 C. *de test. milit.*, 6, 21. Confronta il Westphal, *Theorie des röm. Rechts von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 805 e § 1421 del *Commentario*.

34) Vedi Greve, *Diss.* cit., § 9, pag. 31, § 10, pag. 41, e la mia *Doctr. Pand.*, vol. III, § 688 a nota 13.

35) In questo senso si può intendere piuttosto l'*Auth. hoc inter liberos* Cod. *de test.*, 6, 23 e di fatto è questa che di solito s'invoca. Però nel suo complesso anche l'Autentica richiede una nuova disposizione: « *testamentum ita infirmatur, si parens septem testibus adhibitis declaret, se nolle tale testamentum valere, et aliam disponat voluntatem* ».

36) Hofacker, *Principia iur. civil. Rom. Germ.*, tomo II, § 1365, num, II, 1.

proposta sotto un duplice riguardo. I. Il ritiro del testamento lo annulla senz'altro indipendentemente dalla volontà del testatore? Sotto questo riguardo la questione è già stata trattata ampiamente in un altro luogo del *Commentario* e risolta con citazione anche di una ricca letteratura in modo sostanzialmente giusto in senso negativo [37]). Occorre però che qui aggiungiamo alcune osservazioni.

Quando un testamento è fatto davanti a un pubblico ufficiale o ad una deputazione di pubblici ufficiali e ne è redatto un istrumento, esso non acquista il valore di una dichiarazione di ultima volontà solenne per il solo fatto della sua deposizione in archivio, che neppur sempre si avvera. Per il ritiro dall'archivio pubblico esso perde la forza di un documento conservato in archivio, ma la sua natura di testamento non può per ciò esserne tocca. Lo stesso vale, naturalmente, anche nel caso che alcuno deponga presso un magistrato un testamento privato solenne, valido già di per sè e poi lo ritiri. La cosa pare più dubbia però quando lo scritto privato acquisti la forza di un testamento solenne per il fatto della deposizione presso il magistrato [38]). In tal caso gli argomenti più validi portano a ritenere che il ritiro del testamento abbia per effetto l'annullamento. Il ricevimento in archivio rappresenta per tali testamenti la solennità, ma non può valere come l'atto stesso di testamento alla pari della dichiarazione di ultima volontà fatta davanti al magistrato, nè come tale può valere il *signum depositionis* col quale tali testamenti sogliono essere suggellati, perchè questo serve soltanto come prova del deposito. Quando adunque la consegna al magistrato basta a dare allo scritto la forza di un testamento il motivo può naturalmente ricercarsi soltanto nella maggior forza probatoria dei documenti custoditi in archivio [39]). Ma da ciò segue anche che la validità di tali testamenti dipende dal fatto che seguitino ad essere conservati in archivio, perocchè il documento

---

[37]) Vedi il § 1411 *a* del *Commentario*.

[38]) Vedi il § 1409 del *Commentario* e gli scrittori citati ivi a nota 16 p. 234, nel Vol. I di questo libro XXVIII.

[39]) Nov. 49 c. 2, Auth. *ad haec* Cod. *de fide instr.*, 4, 21. Confr. SPANGENBERG nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. II, *Diss.* VIII, pag. 94 seg., e *Lehre von Urkundenbeweise* (Teoria della prova documentale), Heidelberg 1827, vol. II, pag. 49 seg.

privato perde pel suo ritiro dall'archivio pubblico la qualità di documento di archivio, dalla quale soltanto esso deriva in questo caso la qualità di testamento.

Ma il solo fatto di consegnare semplicemente ad un magistrato perchè lo custodisca, per esempio con una lettera di preghiera, uno scritto che manchi della solennità del testamento, basta a dargli la qualità di testamento valido? Stando al modo come parecchi scrittori si esprimono a questo proposito si dovrebbe dire senza esitanza di sì [40]. Ma il diritto comune non ammette in generale un modo di testare mediante la semplice deposizione di uno scritto presso il magistrato, perchè il così detto *testamentum principi oblatum* richiede fra le altre cose che il principe conosca il contenuto del testamento [41]. Anche fra i numerosi diritti particolari da me confrontati non ve n'è alcuno nel quale sia dichiarata sufficiente la semplice deposizione [42] e gli scrittori che descrivono con precisione la forma della consegna sono tutti d'accordo nel ritenere che in essa vi ha un atto perfezionativo da parte del testatore, vi ha cioè una dichiarazione precisa del testatore, nel momento in cui il testamento vien consegnato suggellato, colla quale egli riconosce il testamento come suo, e in seguito la redazione di un protocollo che il testatore deve firmare [43]. Ora tutto ciò è un vero atto solenne di testamento non meno della redazione di un testamento scritto davanti a sette testi-

---

40) Vedi il § 1409 del *Commentario* e la maggior parte degli scrittori citati ivi.

41) L. 19 Cod. *de testam.*, 6, 23. Gli scrittori non sono però d'accordo sul punto se il contenuto del testamento dovesse esser esposto verbalmente all'imperatore o se egli lo conoscesse soltanto mediante la consegna delle tavole aperte. Quest'ultima opinione è difesa dal Glück nel § 1408 del *Commentario*, l'altra dallo Spangenberg, *Archiv, etc.* (Archivio della pratica civile), vol. V, diss. V, pag. 159 seg. e dopo dal Guyet nello stesso *Archiv, etc.* (Archivio della pratica civile), vol. XIII, diss. XIV, pag. 256. Questa divergenza però non ha alcuna importanza per la nostra questione.

42) Vedi le legislazioni particolari già citate al vol. XXXIV, pag. 202, nota 35 dell'edizione tedesca.

43) Vedi Claproth, *Die Rechtswissenschaft, etc.* (La giurisprudenza degli atti di volontaria giurisdizione), § 110 e Puchta, *Handbuch des Verfahrens, etc.* (Manuale di procedura nelle materie di volontaria giurisdizione, vol. II, § 208, 2.ª edizione.

moni e per ciò il ritiro di esso dall'archivio non può avere altro effetto che quello del ritiro di un testamento solenne già depositato presso il magistrato.

In una parola adunque, quando un testamento privato acquistò valore di testamento pel solo fatto del deposito giudiziario il ritiro del deposito deve per gli stessi motivi fargli perdere la qualità di testamento senza necessità di alcun atto di revoca speciale o del decorso di dieci anni. La L. 27 Cod. *de testamentis* 6, 23 non può applicarsi qui perchè il diritto romano anzi non conosce questo modo di attribuire valore ai testamenti. Il ritiro nel caso in discorso equivale alla distruzione materiale per l'intima inseparabile unione tra la forza probatoria e la qualità di testamento dello scritto; se quella è tolta questa viene necessariamente a mancare. Lo stesso però deve aver luogo quando il deposito dello scritto possa avvenire per mezzo di un rappresentante. Com'è noto è molto discusso se il deposito del testamento possa in generale esser fatto da un rappresentante [44]). Ma affinchè questa questione non sia fraintesa bisogna distinguere, ciò che di solito non si fa [45]), se si tratti del deposito di un testamento solenne già perfetto o di una scrittura, la quale acquisti il valore di un testamento solo mediante il deposito. Nel primo caso non è necessario che la consegna sia fatta personalmente dal testatore, può esser fatta anche per lettera e anche quindi per mezzo di un procuratore a ciò delegato. Nel secondo caso invece la questione deve in teoria risolversi senza esitanza negativamente [46]).

---

44) Anche questa controversia fu già trattata sopra al § 1409. Agli scrittori citati ivi si aggiunga ora GUYET, *Archiv, etc.* (Archivio della pratica civile), vol. XIII, diss. XIV, pag. 254 seg.

45) Questa distinzione è trascurata anche dal GLÜCK, loc. cit. Il GUYET, loc. cit., pag. 257, censura la confusione che spesso si è fatta in questo riguardo dagli scrittori antichi, ma avrebbe dovuto nominare anche i moderni. Io non trovo in alcuno espressa con chiarezza e precisione questa distinzione, che pure è tanto importante per la soluzione della questione.

46) Il GLÜCK, loc. cit., crede che la pratica ammetta la consegna del testamento per mezzo di procuratore, quando questo sia munito di una procura speciale sufficientemente credibile, mentre invece la cosa dovrebbe risolversi in senso opposto secondo la teoria più esatta, l'opinione comune e le disposizioni dei varii diritti particolari. Ma l'affermata pratica è molto incerta. Alcune decisioni, nelle quali è anche lasciato indeciso il punto se si tratti di testamenti

È una regola riconosciuta che non si possa commettere ad altri di dichiarare la propria disposizione di ultima volontà e più ancora che il testatore debba esser presente all'atto solenne della disposizione, in altre parole ch'egli debba compiere di persona l'atto del testamento [47]). Mancherebbe per ciò l'atto perfezionativo del testamento se si ammettesse la possibilità del deposito di un testamento scritto non solenne per mezzo di un procuratore, perocchè tutte le dichiarazioni e assicurazioni che quest'ultimo facesse non potrebbero mai avere alcun effetto, nel modo stesso che se alcuno volesse fare come rappresentante di altri il testamento davanti a sette testimoni. E se anche in questo caso il testatore avesse precedentemente consegnato il testamento al procuratore dinanzi ad altrettanti testimoni [48])

---

già solenni o di testamenti che divengano tali solo per la consegna, non costituiscono una vera pratica e fra gli scrittori che seguono l'opinione comune si trovano anche molti pratici (vedi GLÜCK, loc. cit., pag. 195 nota 28 e gli scrittori citati dallo STRYKIO, *cautelae test.*, cap. VIII, § 2). Anche lo STRYKIO, loc. cit., § 2 seg., pur essendo di opinione contraria, ci attesta che non solo la maggior parte degli scrittori, ma anche le sentenze sono per l'opinione contraria. Questa poi è stata difesa nuovamente dal GUYET, loc. cit., il quale si fonda sui seguenti motivi: *a*) le forme solenni dei testamenti devono interpretarsi con rigore a fine di evitare il pericolo di falsificazioni; *b*) i negozii formali antichi non si potevano in generale fare per mezzo di rappresentante (L. 25 § 1 Dig. *de adoptionibus*. Confr. anche la mia *Cession der Forderungsrechte* (Cessione dei crediti), § 5 pag. 44 seg., 3ª ediz.), e quindi neppur quegli atti che, come la *hereditatis aditio*, in seguito non furono più legati a nessuna forma determinata (il GLÜCK trascura del tutto questo argomento che pure è di particolare importanza per l'interpretazione del diritto romano); *c*) il testatore deve essere presente e agire di persona nell'atto del testamento, e questo principio oltre che da nuove disposizioni del diritto romano (per esempio L. 9, 21 Cod. *de test.*, 6, 23) è confermato espressamente anche dall'Ordinanza notarile imperiale di MASSIMILIANO I, tit. *dei testamenti*, § 4, 7.

47) Vedi la nota precedente. Com'è noto, è molto discusso, di fronte al cap. 13, X, *de test.*, 3, 26, se la disposizione sull'eredità possa esser rimessa all'arbitro di un terzo. L'opinione negativa è stata dimostrata assai bene ai § 1406 *a*, 1406 *b* del *Commentario*. Ma qualunque opinione si abbia in argomento, certo è che il testo non si può riferire al compimento delle solennità testamentarie per un atto emanato dallo stesso testatore.

48) Secondo una fra le varie opinioni la consegna potrebbe farsi anche per opera di un intermediario quando due testimoni degni di fede avessero visto che il testatore avea consegnato a questo le tavole testamentarie. Vedi GUYET, loc. cit., pag. 258 seg.

dichiarando che esso era la sua ultima volontà, tale atto, qualora non fosse dalla legge stessa considerato come solennità testamentaria, non potrebbe avere altro valore che quello di una prova della verità della dichiarazione. Ma se ciò solo importasse di ottenere nei testamenti, ciò si potrebbe raggiungere molto più sicuramente con altri mezzi, perchè la semplice consegna del testamento fatta al procuratore davanti a testimoni non prova ancora che il documento che in seguito venga deposto presso il magistrato sia lo stesso che fu consegnato al procuratore, e non sarebbero d' altra parte necessarie queste solennità. In ogni caso però il deposito del testamento fatto mediante una lettera accompagnatoria deve considerarsi equivalente a quello fatto per mezzo di procuratore, perocchè secondo i principii generali nè l'uno nè l'altro sia un testamento. E se nonostante si consideri come tale, in un caso e nell'altro è il ricevimento nell'archivio pubblico quello che attribuisce al documento il valore di un testamento, onde in ambo i casi il ritiro dall'archivio deve avere i medesimi effetti.

Veniamo ora ad esaminare la seconda questione, se cioè il ritiro del testamento pubblico porti per effetto l'annullamento di esso quando tale sia l'intenzione del testatore. Questa questione non deve confondersi con l'altra se il ritiro costituisca esso una prova dell'intenzione di revocare. Qui deve sopratutto tenersi conto delle circostanze nelle quali avvenne il ritiro [49]. Se da queste non si può con sicurezza argomentare l'intenzione del testatore di revocare il testamento, si deve pronunziarsi in senso contrario, perchè i motivi che abbiano indotto il testatore al ritiro possono benissimo conciliarsi con l'intenzione di lasciare il testamento in vigore; per esempio egli può avere ritirato il testamento per mettersi in grado di fare dei piccoli mutamenti, oppure egli vuole evitare una pubblicazione for-

---

[49]) Questa osservazione si è presentata anche al Glück quando al § 1411 *a* del *Commentario* ha detto collo Spangenberg, *Archivio della pratica civile*, V, pag. 171, che la questione, che avrebbe dovuto poi trattarsi al § 1429, era una semplice questione di fatto. Tale però non è la questione presente, essendo essa del tutto opposta a quella da lui trattata. La questione se il ritiro volontario o la revoca di un testamento deposto annullino il testamento è una vera questione di diritto.

male del testamento, oppure ha intenzione di depositarlo presso un altro magistrato [50]). E poichè l'intenzione di abolire ciò che esiste non si deve presumere, così la revoca del testamento non deve essere ammessa quando non derivi per necessità logica dalle circostanze che accompagnano il ritiro [51]).

Ma prima di passare all'esame della questione qui proposta, bisogna risolverne un'altra affine, quella cioè dell'influenza che abbia la semplice revoca giudiziaria senza ritiro del testamento secondo la L. 27 Cod. *de testamentis*, 6, 23. La dichiarazione fatta davanti al magistrato di non voler più lasciare in vigore il proprio testamento non ha maggior valore della dichiarazione fatta davanti a testimoni e occorre per ciò anche il decorso di dieci anni. Alcuni tuttavia credono che ciò non valga pei testamenti pubblici [52]). Gli argomenti che si adducono sono i seguenti: in primo luogo si invoca l'applicazione della regola *nihil tam naturale est, quam eo genere quodque dissolvere quo colligatum est*, e l'analogia della revoca del testamento davanti a sette testimoni. Ma già sopra fu mostrato in qual senso debba intendersi quella regola quando si tratti di revoca di testamenti; l'*idem genus solutionis* non si può intendere che un nuovo atto di testamento, di maniera che una revoca fatta davanti a sette testimoni non vale più di quella fatta davanti a tre. E con ciò è confutato questo primo argomento. Un secondo argomento si desume dal fatto che la disposizione di GIUSTINIANO nella L. 27 Cod. *de testamentis* 6, 23 non si potrebbe riferire ai testamenti pubblici e ciò per le ultime parole della costituzione: *prioribus constitutionibus quae super huiusmodi testamentis evacuandis latae fuerant, penitus antiquandis.* GIUSTINIANO parla qui, secondo quegli autori, dei testamenti a cui si riferiva la costituzione dell'imperatore ONORIO, L. 6 Th. Cod. *de testamentis;* ora in questa legge non potevano esser considerati che i

---

50) Confr. HANNESEN, Diss. II, *de rev. test.*, § 16.

51) STRYKIO, *Cautelae test.*, § 45-47. — MEISTER, *Practische Bemerkungen aus dem Civil- und Criminalrecht* (Osservazioni pratiche di diritto civile e criminale), vol. I, oss. XI, n. II, pag. 85 seg. — WEBER, *Erläuterungen der Pandekten* (Spiegazione delle Pandette), vol. II, § 1429, n. 3, pag. 231 seg. Vedi anche gli scritti citati alle note 63 e 65 qui appresso.

52) Così il HANNESEN, Diss. II, *de rev. test.*, § 15.

testamenti formali privati, perchè la ragione per la quale l'imperatore ammetteva l'estinzione del testamento per il solo decorso di dieci anni era da ricercarsi nel timore che in un così lungo periodo di tempo andassero perse le prove della verità del testamento. Certamente è possibile che il legislatore pensasse soltanto a tali testamenti, ma la costituzione di GIUSTINIANO parla in generale e se si considera nel suo insieme la frase sopra riportata l'imperatore dice che il decorso di dieci anni non deve annullare i *testamenta mortuorum* se non quando sia congiunta anche una revoca, e che la nuova legge favorisce così ciò che era stato determinato prima *super huiusmodi, scilicet mortuorum, testamentis*. La disposizione deve essere intesa in questo significato generale, perchè non vi è alcun motivo per ammettere che si potesse revocare più facilmente un testamento pubblico che uno privato [53]).

Torniamo alla nostra questione, la soluzione della quale non può essere congiunta a gravi difficoltà. Secondo i principii rigorosi e conseguenti del diritto neppure il ritiro del testamento pubblico congiunto con la revoca può essere considerato come un atto che annulli immediatamente il testamento, ma deve aggiungersi anche il decorso di dieci anni dalla confezione del testamento [54]). In altre parole se il ritiro del testamento non vale di per sè ad annullare questo, non si vede come esso possa accrescere gli effetti della revoca; tutto dipende qui da quest'ultima e se questa da sola non può togliere efficacia al testamento, tale effetto non può produrre neppure il suo ritiro. Anzi quest'ultimo atto non ha alcun significato giuridico per sè stesso, onde una revoca è valida, cioè non perde nulla dei suoi effetti ordinari, anche se il testamento revocato resti in deposito presso il magistrato [55]).

---

[53]) HOFACKER, *Princip. iur. civil. Rom. Germ.*, t. II, § 1365, num. II, 1.

[54]) STRYK., *Cautel. testamentor.*, cap. XXIV, § 38.

[55]) Il contrario è sostenuto dal BERLICH, *Conclusiones practicae*, pars III, concl. IV, n. 52-53, il quale dà per ragione: «quia eadem solemnitas ad revocationem testamenti requiritur»; egli è, in una parola, dell'opinione che la revoca sola senza il ritiro del testamento sia inefficace. Ma se questa ragione fosse esatta neppure un testamento pubblico potrebbe senza il ritiro essere annullato da un nuovo testamento privato, ciò che nessuno ha osato

L'unica questione che ci può interessare adunque è sul modo come deve avvenire la revoca. Non vi può esser dubbio alcuno in primo luogo che anche i testamenti pubblici possano essere revocati davanti a tre testimoni come viceversa i privati mediante una dichiarazione davanti al giudice [56]). In secondo luogo, qualunque via si scelga, la dichiarazione deve esser fatta dal testatore in persona, perchè l'atto di revoca è richiesto non solo *probationis*, ma anche *solemnitatis causa* [57]). Il testatore del resto può richiedere il suo testamento mediante una istanza scritta o per mezzo di un procuratore, ma ciò non ha gli effetti di un atto di revoca neppure se sia per tal modo espressa chiaramente l'intenzione di revocare il testamento, occorre anche un vero e proprio atto di revoca di questo o un'altra disposizione di ultima volontà. Infine è necessario che l'atto di revoca dichiarata davanti al giudice sia ricevuto a protocollo. Ciò è discusso però. Il HANNESEN sostiene che non è necessario il protocollo, perchè questo non può servire che alla prova e la prova si può ottenere mediante la deposizione orale degli addetti al tribunale [58]). Ma i membri del tribunale appaiono in quest'atto, non come testimoni ordinari, ma come magistrati pubblici, essi devono constatare officialmente un atto avvenuto dinanzi a loro, e tale constatazione non può per conseguenza avvenire altrimenti che nel modo ordinario per gli atti ufficiali. Il modo consisteva al tempo degli imperatori cristiani negli *acta*, cioè la redazione in iscritto di ciò che era avvenuto davanti al magistrato [59]), ed è quello che noi chiamiamo protocollo. Anche oggi

---

mai sostenere. Contro l'opinione del BERLICH si pronuncia anche il HANNESEN, *Diss. II*, § 22, 23, il quale poi difende l'opinione che la semplice revoca annulli il testamento.

56) Vedi sopra pag. 192.

57) Vedi sopra pag. 183.

58) Diss. II, § 21. Egli invoca anche la L. 19 Cod. *de test.*, 6, 23, dove per la confezione del testamento pubblico è richiesta soltanto la *conscientia principis*, onde anche per la revoca non dovrebbe richiedersi nulla di più. Ma egli dimentica che il testo dice: « *Securus erit qui actis cuiuscumque iudicis aut municipum . . . postremum publicavit iudicium* ». Per fare un testamento davanti a un magistrato occorre dunque senza dubbio una dichiarazione inserita a protocollo, per conseguenza egli deve anche concedere che nella revoca fatta davanti al magistrato non deve parimente mancare il protocollo.

59) L. 151 Th. C. *de decurionib.* 12, 1. — SPANGENBERG, *Iuris Romani tabulae negotiorum solennium superstites* (Lips. 1822), pag. 46 segg., § 2.

la validità degli atti giudiziari, quindi anche di tutto ciò che avviene davanti al giudice e deve essere attestato da lui, è condizionata al ricevimento di un atto [60]), e tutti gli atti di volontaria giurisdizione infatti non possono non essere messi a protocollo [61]). La necessità di questa forma nella revoca giudiziaria del testamento non può dunque essere posta in dubbio anche perchè l'imperatore GIUSTINIANO si è servito *ad abundantiam* di espressioni tali che indicano la cosa nel modo il più chiaro [62]).

Il risultato delle trattazioni precedenti si può così brevemente riassumere: perchè la revoca di un testamento abbia effetto anche senza la distruzione di esso o la confezione di un nuovo testamento, essa deve essere dichiarata dalla persona stessa del testatore davanti a tre testimoni capaci o in giudizio con l'osservanza delle forme necessarie per gli atti giudiziari. In tale ipotesi il testamento diviene inefficace tosto che siano decorsi dieci anni dalla sua confezione. Il ritiro di un testamento pubblico non ha per sè stesso effetti, salvo che il testamento sia di tale specie fin dall'origine che la perduranza del medesimo dipenda dal fatto che esso seguiti ad essere custodito in un archivio pubblico (vedi sopra pag. 192, 194 seg.).

Questo risultato, a dir vero, nè è accolto generalmente nè ha incontrato i favori della pratica e inoltre per esso si dà una tale preponderanza al diritto formale sul materiale che fin dai tempi dei glossatori si sono inalzate contro di esso voci potenti benchè esso sia innegabilmente consentaneo alla volontà del legislatore e alla rigorosa conseguenza. Ond'è che ha sempre incontrato parecchi seguaci l'opinione che il ritiro del testamento accompagnato dalla dichiarazione e dall'intenzione di revoca ne annulli subito l'efficacia [63]),

---

60) MARTIN, *Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Processes* (Trattato della procedura civile tedesca), § 18, 11.ª edizione.

61) CLAPROTH, *Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen* (Giurisprudenza degli atti di volontaria giurisdizione), § 21, 3.ª edizione. — PUCHTA, *Handbuch, etc.* (Manuale della procedura civile nelle materie di volontaria giurisdizione), parte I, § 118, pag. 133, 2.ª edizione.

62) L. 27 C. *de testam.*, 6, 23: « Sin — testator — hoc *inter acta manifestaverit* ».

63) Lo STRYKIO, *Caut. test.*, cap. XXIV, 38 in f., ce la dà per l'opinione comune. Per essa si pronunciano oltre gli autori da lui citati: LEYSER, *Med.*

sulla quale opinione ha avuto senza dubbio influenza il broccardo dei moderni *facta sunt potentiora verbis*, benchè d'altra parte su questo si fondi anche l'opinione teoricamente giusta che il testamento possa essere revocato con una revoca reale prima che siano decorsi dieci anni dalla sua origine [64]). Ora dove è accolta l'opinione che il ritiro del testamento si debba considerare come una revoca reale la questione sopra proposta, se il ritiro stesso indichi la volontà di revocare il testamento, ha un interesse [65]), ma essa è invece senza significato pratico se si ritiene necessaria per la validità della revoca una forma determinata [66]).

Sarebbe però desiderabile che la questione fin qui trattata in questo paragrafo fosse risolta legislativamente in ogni sua parte tenendo presente non tanto l'applicazione logica dei rigorosi principii del diritto, quanto piuttosto il principio che nessuno, erede o legatario, debba ricever nulla da un testamento quando a suo favore non sta la volontà del testatore [67]). Le nuove legislazioni particolari par-

---

ad Pand., sp. 359, m. 13. — PUFENDORF, *Observat. iur. univ.*, t. III, obs. 153. — HOFACKER, *Princip. iur. civ. Rom. Germ.*, t. II, § 1365, num. III.

64) Una confutazione assai diffusa di questo argomento si trova in HANNESEN, Diss. II, § 5 seg.

65) Confr. PUFENDORF, *Observationes*, t. III, obs. 153 in fine. — CLAPROTH, *Rechtswissenschaft von freiwilligen Gerichtshandlungen* (Giurisprudenza degli atti di volontaria giurisdizione), § 115.

66) L'applicazione dei risultati ottenuti dalla ricerca precedente alla questione, come e con quali effetti si possa revocare unilateralmente un testamento reciproco, non è affatto difficile. Ciascuno dei testatori può revocare la sua disposizione indipendentemente dall'altro e se il testamento è correspettivo cade per tale revoca anche la disposizione dell'altro. Vedi sopra pag. 140 seg. La semplice revoca non può avere neppur qui maggiori effetti che in un testamento semplice; quindi secondo la regola del diritto romano il testamento è annullato solo dopo 10 anni dalla sua confezione. Se poi esso fu deposto presso un magistrato nessuno dei due testatori può richiederlo da solo, ben inteso se ambedue i testamenti sono contenuti in un unico documento (Vedi MUELLER, *Diss. de testamenti coniugum reciproci mutabilitate*, Gottingae 1760, § 21), ma non è esclusa la revoca della disposizione mediante un nuovo testamento.

67) Anche A. MERENDA, *Controversiae iuris*, lib. III, cap. XLV, n. 14, il quale difende in tutti i punti l'opinione giusta, è di questa opinione e la esprime nel modo seguente:

« Optime facturi sunt omnes supremi Principes, si neglecto iuris civilis

tono infatti da questo principio; nelle più antiche noi troviamo più spesso invece seguìti più o meno i principii del diritto romano e si trova una maggior libertà soltanto dove il diritto romano manca di disposizioni precise. Così per esempio nel Codice civile bavarese del 1756 è disposto che una semplice revoca verbale non può avvenire che davanti a sette testimoni in forma giudiziaria; se essa avviene davanti a un numero minore di testimoni o almeno davanti a tre non ha valore a riguardo delle istituzioni d'erede e delle sostituzioni se non siano decorsi dieci anni dal giorno della revoca [68]. Se il testatore ritira un testamento pubblico dagli atti esso diviene subito inefficace anche se, dopo la morte del testatore, si trovi ancora suggellato ed intatto [69]. Il diritto territoriale del Würtemberg del 1609 richiede una revoca giudiziaria o una revoca davanti a quattro persone oneste e capaci [70]; nulla dice di speciale sulla revoca dei testamenti pubblici [71]. Più ancora si allontana dalle disposizioni del diritto romano la riforma di Francoforte del 1578. La revoca deve farsi o mediante un nuovo testamento nel quale il primo sia revocato espressamente [72], o mediante la cancellazione del primo

---

rigore testamentum nuda voluntate revocatum, de qua constat, infirmaverint: *apud eos enim aequum et bonum plus valere debet, quam iuris civilis scrupulositates* ».

68) *Codex Maximilianeus Bavaricus*, parte III, cap. 3, § 26, n. 3, 4.

69) *Codice Bavarese*, parte III, cap. 4, § 2. Naturalmente il Kreittmayr, *Cod. Bav.*, III, pag. 1105, n. 12, ritiene questo principio come giusto anche per diritto comune.

70) Parte III, tit. 20, § 20. Che questi quattro testimoni fossero *ad solemnitatem* è cosa che deriva dai principii generali. Vedi sopra pag. 184, nota 97.

71) Il Griesinger, *Ueber das Würt. L. R.* (Sul diritto territoriale del Würtemberg), vol. VI, pag. 477, è d'opinione che il semplice ritiro del testamento costituisca una revoca tacita. Una costituzione sassone dell'anno 1661 ha risolto la controversia nel senso che il ritiro annulla il testamento solo quando il testatore abbia volontariamente revocato questo. Vedi Haubold, *Lehrbuch des königlichen Sächs. Privatrechts* (Trattato di diritto privato reale sassone), § 339.

72) Giustamente osserva l'Adlerflycht, *Das Privatrecht der freien Stadt Frankfurt* (Diritto privato della città libera di Francoforte), § 317, pag. 573, che questa è una notevole deviazione dal diritto romano, il quale non richiedeva nel testamento posteriore una revoca espressa dell'anteriore. Confr. Bender, *Lehrbuch des Privatrechts, etc.* (Trattato del diritto privato della città libera di Francoforte), Francoforte 1835, § 161, pag. 246 nota 10.

fatta dal testatore nel libro dei testamenti nella cancelleria [73]), o infine con una revoca davanti a tre testimoni senza però la necessità del decorso di dieci anni [74]). Secondo il diritto territoriale prussiano il testamento deposto in giustizia perde la sua validità per il ritiro anche se si trovi ancora dopo la morte suggellato e inalterato, ma il ritiro non nuoce alla validità del testamento, quando ne siano stati deposti parecchi esemplari presso diversi tribunali, e uno di questi si trovi ancora deposto, come pure non nuoce la semplice domanda di ritiro quando esso poi sia stato lasciato nonostante presso il magistrato [75]). Anche una semplice revoca è ammissibile quando siano state osservate le formalità necessarie per la confezione del testamento [76]), altrimenti occorre anche il ritiro di esso [77]). Il Codice civile della monarchia austriaca richiede per la revoca di un testamento orale tanti testimoni quanti ne occorrono per la validità di un testamento orale e con le stesse qualità; se il testamento è scritto la revoca deve esser fatta in una scrittura di mano del testatore o al-

---

73) Questa prescrizione non è più applicabile, perchè la forma di testamento pubblico una volta in uso a Francoforte è ormai andata in disuso. Vedi Adlerflycht, loc. cit., § 294, pag. 514, § 317, pag. 574.

74) *Riforma di Francoforte*, parte IV, tit. 7, § 2.

75) *Diritto territoriale prussiano*, parte I, tit. 12, § 565. 566, 568, 569 *g*).

76) *Ib.*, §§ 587 88.

77) *Ibidem*, § 591. In generale la revoca è inutile quando il testamento sia stato ritirato e per ciò è anche indifferente se essa sia o no avvenuta nella forma prescritta. Vedi § 592.

---

g) Analoga disposizione circa gli effetti del ritiro del testamento giudiziale o notarile ha il § 2256 del nuovo Codice civile dell'impero germanico:

« Il testamento fatto davanti al giudice o davanti al notaro o nelle forme del § 2249 (testamento in caso di morte imminente) si ha per revocato quando l'atto depositato presso l'ufficiale pubblico sia stato restituito al testatore ».

Quando invece si tratti di testamento olografo depositato presso un pubblico ufficiale il ritiro non ha alcun effetto revocatorio (§ 2256 al. 3).

Il codice italiano non parla di revoca di un testamento pel ritiro dal pubblico ufficiale presso cui era depositato; tuttavia simile revoca è possibile nel diritto nostro per il testamento segreto. Poichè infatti il deposito presso il notaio è un requisito essenziale pel testamento segreto (art. 783 Cod. civ.) è evidente che pel ritiro esso perde la qualità di testamento segreto e perde quindi anche ogni validità quando non rivesta per avventura la forma del testamento olografo, quando cioè non sia scritto, datato e sottoscritto di pugno del testatore. Ecco come è possibile anche nel diritto nostro questa specie di revoca tacita.

meno sottoscritta da lui e da tanti testimoni quanti ne occorrono per la confezione del testamento [78]). Sulla revoca dei testamenti pubblici questo Codice non ha alcuna disposizione. Il nuovo Codice francese [79]) dichiara valida la semplice revoca quando sia fatta per istrumento formale notarile [80]).

---

78) Parte II, cap. 12, § 719.

79) Prima del Codice nei paesi di diritto scritto era sufficiente per la revoca uno scritto del testatore anche non suggellato. Vedi Garnier, *De test. revocatione*, pag. 8 in f., pag. 9 e gli scrittori ivi citati alla nota 1.

80) *Code civil*, art. 1035. Confr. Garnier, loc. cit., pag. 10 seg. [h]).

---

h) È quasi identica la disposizione dell'art. 917 Cod. civ. italiano, per la quale i testamenti possono esser revocati con testamento o con atto ricevuto da notaio in presenza di quattro testimoni che lo sottoscrivano.

Affinchè la revoca per testamento abbia efficacia non occorre però nel sistema del Codice nostro che il testamento contenga altre disposizioni all'infuori della revoca stessa; basta che questa sia fatta in un atto che abbia le forme del testamento olografo o segreto (non parlo del pubblico perchè le forme di questo sono quelle dell'atto ricevuto dal notaro contemplato espressamente nell'art. 917), ancorchè non vi sia altra disposizione di beni. In questo senso si sono pronunciati spesso i tribunali nostri e gli scrittori italiani e francesi. Vedasi App. Milano 14 dicembre 1897 (*Foro ital.*, 1898, I, 176). — Cass. Torino 17 agosto 1898 (sentenza confermativa della precedente. *Foro ital.*, 1898, I, 1091). — App. Torino 16 aprile 1889 (*Foro ital.*, 1890, I, 157). — App. Catanzaro 27 dicembre 1889 (*Foro ital.*, 1890, v. *testamento*). — Cass. Torino 31 agosto 1886 (*Foro ital.*, Repertorio, 1886, v. *testamento*, n. 72). — Cass. Roma 27 febbraio 1882 (*Foro ital.*, 1882, I, 268). — Degli scrittori vedasi per tutti Abello, *Nota alla sentenza della Cass. di Torino 17 agosto 1898* in *Foro ital.*, 1899, I, 28 seg. e le copiose citazioni ivi.

Non mancano però alcuni avversari; fra gli scrittori Laurent, *Principes de droit civil*, vol. XIV, n. 186. — Marcadé, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon* art. 1035; nella giurisprudenza nostra alcune più antiche sentenze della Corte d'appello di Palermo 14 dicembre 1868 (*Annali*, 1869, II, 248). — App. Roma 5 febbraio 1877 e 27 dicembre 1881 (*Foro ital.*, 1877, I, 305; 1882, I, 364), e una più recente del trib. di Lucca del 27 giugno 1891 (*Foro ital.*, Repertorio, 1891, v. *testamento*, n° 64).

L'argomento fondamentale di queste sentenze e di questi autori si è che il testamento è per disposizione dell'art. 759 Cod. civ. ital. (895 Cod. franc.) un atto col quale il testatore dispone di tutte le proprie sostanze o di parte di esse in favore di alcuno; ora, si dice, colla semplice revoca non si dispone delle proprie sostanze; l'atto di pura revoca adunque, anche se rivestito della forma del testamento, non è sostanzialmente testamento perchè non è atto di disposizione di beni, non può dunque avere gli effetti che l'art. 917 (1035 Cod. franc.) attribuisce soltanto al testamento.

Si è notato contro questa argomentazione dalle sentenze sopra citate e dalla maggior parte dei civilisti nostri e francesi in primo luogo che l'art. 917 parlando di testamento si riferisce piuttosto alla forma esteriore che al contenuto dell'atto, in secondo luogo che l'atto col quale si revoca semplicemente un testamento precedente contiene sempre anche una implicita disposizione di beni a favore degli eredi intestati o di coloro ai

Resta ancora da trattare la questione se la disposizione della L. 27 Cod. *de testamentis* si riferisca anche ai legati, in altre parole se anche le disposizioni codicillari non possano annullarsi altrimenti che colla revoca davanti a tre testimoni o in giustizia cui si aggiunga anche il decorso di dieci anni.

Prima di tutto occorre stabilire qui quale fosse lo stato del diritto prima di GIUSTINIANO. È certo che gli antichi legati formali potevano essere tolti soltanto mediante un nuovo testamento o mediante codicilli confermati e con la stessa forma con la quale essi erano ordinati.

---

quali in genere sarà per giovare la revoca. In appoggio alla prima osservazione in particolare si citano anche parecchie disposizioni del Codice nostro, come l'art. 199 che prevede il caso d'una dichiarazione di voler legittimare il figlio fatta in un testamento, gli articoli 242, 264, 330 circa la nomina del tutore testamentario e altri, nei quali evidentemente la designazione di testamento si riferisce al solo aspetto formale dell'atto, non potendosi, ad esempio, dubitare della piena volontà di una nomina di tutore fatta in un atto nel quale nè direttamente nè indirettamente si disponga dei beni. Vedi in particolare su quest'ultimo punto la citata decisione della Corte d'appello di Milano 14 dicembre 1897, *Foro ital.*, 1898, I, 176, e più generalmente PACIFICI-MAZZONI, *Trattato delle successioni*, IV, n.º 130. — PAOLI, *Delle successioni testamentarie*, n.º 119. — RICCI, *Diritto civile*, III, n.º 237. — TROPLONG, *Donations et testaments*, art. 1035, II, n.º 2051, e gli altri autori citati ivi. — BAUDRY-LACANTINERIE et COLIN, *Des don. entre vifs et testaments*, Paris 1896, II, n.º 2718. — ZACHARIAE e CROME, *Handbuch des französischen Civilrechts* (Manuale di diritto civile francese), 8.ª ediz., Freiburg i. B., 1895 § 735 (725). — AUBRY et RAU, *sur Zachariae*, VII, § 725, pag. 511.

Questa opinione mi sembra la preferibile, non tanto perchè il Codice all'art. 917 voglia indicare soltanto la forma testamentaria, quanto piuttosto perchè la definizione del testamento data nell'art. 759 allude alla disposizione di beni sopra tutto per indicare che il testamento deve avere un contenuto patrimoniale, e questo contenuto patrimoniale si ha anche nella semplice revoca parimente che nella semplice diseredazione (ZACHARIAE e CROME, *Dir. civ. franc.*, § 657 (647) e nota 7), anche astraendo dall'implicita restituzione degli eredi legittimi, per la ragione che anche il disporre che i propri beni non debbono andare ad alcuno è un disporre dei propri beni, ed è ciò che basta, a parer mio, per l'esistenza del testamento secondo il concetto stesso informatore dell'art. 759.

Non crederei invece di poter seguire pienamente i concetti svolti dall'ABELLO nella dotta nota sopra citata, i quali in definitiva consistono nella negazione che il testamento sia essenzialmente atto di disposizione dei beni e nella sostituzione del concetto di atto di ultima volontà. Un'ultima volontà che non abbia una connessione almeno indiretta colla disposizione di beni non è testamento nel sistema del Codice nostro; tale non sarebbe, per esempio, una semplice disposizione sulla sepoltura, benchè appunto l'ABELLO affermi il contrario, la quale non trovasse una sanzione in una disposizione patrimoniale anche implicita; questo anzi sembra a me il vero significato dell'art. 759; e s'io ritengo valida la revoca di testamento fatta senz'altro nella forma del testamento si è perchè essa stessa, direttamente e non solo implicitamente, è una disposizione di beni per quanto semplicemente negativa.

« Legatum, quod datum est, adimi potest, vel eodem testamento, vel codicillis testamento confirmatis, dum tamen eodem modo adimatur, quo modo datum est » [81]).

Nei fedecommessi invece tanto il modo di ordinarli quanto la revoca non erano legati a forme determinate, bastava soltanto che si potesse dimostrare la volontà del testatore, onde il detto *nuda voluntate fideicommissa infirmantur* [82]). Ciò non è mutato benchè in seguito tutte le disposizioni codicillari dovessero esser fatte in una forma determinata [83]). Invece la revoca non formale si estese anche ai legati mediante la *exceptio doli* già sin dai tempi dei giureconsulti classici. Secondo un testo di ULPIANO i legati e i fedecommissi si possono revocare *nuda voluntate* e quando la contraria volontà sia stata manifestata espressamente o tacitamente al legatario si può sempre opporre la *exceptio doli* [84]). Quando pertanto ULP., fr. XXIV, 29, parla della necessità di una revoca formale dei legati egli fa parola soltanto di ciò che è necessario perchè i legati siano annullati *ipso iure,* il medesimo effetto si può avere *per exceptionem* per la semplice dichiarazione della volontà contraria [85]).

Alcuni sostengono a dir vero che questo non sia un diritto particolare pei legati, ma che anche l'erede testamentario possa essere respinto dagli eredi intestati colla *exceptio doli* ogni qual volta contro di lui stia la volontà del testatore comunque manifestata. Di ciò però abbiamo già parlato sopra e quest'opinione si potrebbe ritenere sufficientemente confutata [86]). Tuttavia sarà necessario considerare

---

[81]) ULPIANO, XXIV, 29. Anche qui in origine era senza dubbio obbligatorio l'uso di certe formole, poi vi si stette meno attaccati e infine venne a sparire la necessità di una vera forma come nelle istituzioni d'erede (GAIO, II, 117. ULPIANO, XXI), benchè per queste ultime la forma sia venuta a sparire completamente solo più tardi. Che in origine non fosse indifferente l'espressione usata per adimere il legato è cosa che risulta dalle parole finali del testo di ULPIANO non meno che da TEOFILO, *Ad I. de ad. legat.,* benchè da questi si rilevi pure che ormai non si attribuiva più alcuna importanza alle parole e alle forme.

[82]) L. 18 Dig. *de legatis,* III, 32.

[83]) L. 1 Th. C. *de test.* (4, 4). L. 8 § 3 Just. Cod. *de codicillis* 6, 36.

[84]) L. 3 § ult. D. *de adim. vel transfer. leg. vel fideic.* 34, 4.

[85]) BACHOVIUS, e VINNIUS, *In comment. ad pr. Inst. de ademt. legator.*

[86]) Vedi sopra pag. 169, nota 54.

più da vicino la cosa qui dove dobbiamo trattare della differenza fra la revoca di un legato e quella di una istituzione d'erede.

S'invocano per quest'opinione la L. 1 § 8 D. *si tabulae test. nullae extabunt* 38, 6 e L. 4 § 10 D. *de doli mali exc.* 44, 4 ambedue di ULPIANO. Della prima abbiamo già parlato ampiamente sopra [87]), l'altra suona così:

« Praeterea sciendum est, si quis quid ex testamento contra voluntatem petat, exceptione eum doli mali repelli solere; *et ideo heres, qui non habet voluntatem, per exceptionem doli repellitur* ».

Certo non è necessario riferire questo testo appunto agli eredi come tali, perchè l'erede può anche eventualmente pretendere un legato in base al testamento oppure può essergli lasciato un legato per il caso che non divenga erede, e in tali ipotesi naturalmente vale per lui lo stesso diritto che per tutti gli altri legatari. ULPIANO sembra pensasse al secondo di questi casi nel nostro testo, perchè egli segue così.

« Si quis ex uncia heres sit scriptus, ex qua ducenta consequi potuit, deinde propter hoc legatum, in quo centum erant, praetulit, ne molestiis hereditariis implicaretur, an, si legatum petat, exceptione doli mali summoveatur? Et ait IULIANUS, non esse eum summovendum; quodsi a substituto pretium accepit ne adeat hereditatem, petens legatum, dolo, inquit, facere intelligetur, ac per hoc doli exceptione repelletur » [88]).

All'erede dunque è sostituito un altro pel caso che non voglia divenire erede e al primo è per tal caso lasciato anche un legato. Per evitare le molestie e il possibile rischio egli sceglie il legato [89]), e poichè ciò era in sua facoltà la sua azione non può essere paralizzata con la *exceptio doli*: ma se egli abbia ricevuto dal sostituto un prezzo per rinunziare all'eredità non può più chiedere il legato per la ragione che egli, secondo la volontà del testatore, non deve avere in-

---

87) Vedi sopra pag. 167 seg.

88) L. 4 § 11 D. *de doli mali exceptione*, 44, 4.

89) Deve esser costruita così: « Deinde legatum in quo centum erant, propter hoc praetulit, ne molestiis, etc. ».

sieme eredità e legato, ma egli ottiene questo in cambio del suo diritto di eredità [90]).

Le parole *ex testamento petere* della L. 4 § 10 D. *de doli exceptione* 44, 4 si possono anche intendere nel senso generale di far valere un diritto nella propria qualità di erede testamentario, come se per es. l'erede agisca contro un debitore dell'eredità al quale era stata legata la liberazione [91]) o se agisca contro il legatario per ottenere la restituzione di ciò che egli ha avuto oltre a quanto gli spetterebbe secondo il concetto regolare di questo legato, benchè ciò non sia in armonia con la volontà del testatore [92]). In una parola non è necessario ritenere che in questo testo si tratti di un erede che fa valere il suo diritto di eredità. Ma non per questo si deve ammettere che il testo non possa applicarsi all'erede che fa valere il suo diritto di eredità [93]). In altre parole si può ritenere per vero che il principio, che colui il quale abbia contro di sè la volontà del testatore non può agire in base al testamento ed è respinto con la *exceptio doli*, sia sotto certi presupposti un principio generale, cioè valga non solo pei legatari, ma anche per gli eredi. Questa verità è confermata anche dalla concezione generale della regola *si quis quid ex testamento contra voluntatem petit doli mali exceptione repelli solet* (L. 4 § 10 D. *de doli mali exceptione* 44, 4), o dalla regola opposta che l'eccezione non nuoce a coloro che non hanno decisamente contro di sè la volontà del testatore [94]), e infine il richiamo alla *voluntas testatoris* così spesso

---

90) Vedi CHIESI, *Interpretationes iuris*, lib. II, c. III, n. 41, in EINECCIO, *Jurisprudentia Romana et Attica*, t. II, pag. 34[illegible].

91) L. 22 Dig. *de lib. legata*, 34, 3.

92) Di un caso simile parla ULPIANO nella L. 6 § 1 D. *de peculio legato*, 33, 8. Ad un tale era stato legato un peculio libero dai debiti (*non deducto aere alieno*. Poichè di regola il peso dei debiti appartiene al peculio, questa disposizione può sembrare contraria alla natura del legato stesso. Tuttavia il testatore è libero di determinare come meglio crede l'estensione di una *universitas legata*. Il legatario che si trovava nel possesso del peculio aveva per ciò a suo favore la volontà del testatore e poteva opporre all'erede rivendicante l'*exceptio doli: habet enim in solidis rebus voluntatem aeris alieni non deducendi.*

93) Questo è sostenuto dal CHIESI, *Diff. iuris*, cap. XXIV, num. 6 in EINECCIO, *Iurisprudentia romana et attica*, t. II, pag. 724.

94) L. 19 § 1 D. *de regul. iur.*, 50, 17: « Non solet exceptio doli nocere

fatto a riguardo degli eredi per determinare se essi possano o no far valere il loro diritto di eredità [95]). E' decisivo però il seguente testo:

« PAPINIANUS *libro XIII Quaestionum*. Testamento facto Titius arrogandum se praebuit, ac postea sui iuris effectus vita decessit; scriptus heres, si possessionem petat, *exceptione doli mali summovebitur*, quia dando se in arrogandum testator cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane si sui iuris effectus codicillis, aut aliis litteris, eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, iudicio recenti rediisse intellegitur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed de viribus exceptionis, quae in hoc iudicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius, qui opponit, aestimatur » [96]).

Quando l'erede testamentario domanda la *b. p. secundum tabulas* in base a un testamento l'autore del quale è passato per arrogazione in una famiglia estranea, gli si può opporre una *exceptio doli*, perchè il testamento ha perso la sua validità in forza di un atto volontario del testatore [97]). Ma se il testatore dopo che è nuovamente

---

his, quibus voluntas testatoris non refragatur ». Del resto questo testo è preso dal libro XXIV di ULPIANO *ad Sabinum* nel quale il giureconsulto parlava dell'*ademtio legatorum* (Vedi l'iscrizione della L. 3 e della L. 7 D. *de adimendis vel transferendis legatis*, 34, 4). Non si può per tanto dubitare che questo principio nella sua concezione originaria si riferisse soltanto ai legati. Vedi GOTOFREDO, *Comm.* ad L. 19 § 1 D. *de regulis iuris*, 50, 17, *opera minora ed.* TROTZ, pag. 781.

95) L. 1 § penult. D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11. L. 1 § 8 D. *si tabulae test. nullae extab.* 38, 6.

96) Questo testo si trova nella compilazione come L. 11 § 2 D. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11.

97) Anche Antonio FABRO porta come ragione di questa eccezione l'opposta volontà del testatore ed osserva: « Nisi legitimus heres agentem posset repellere per exceptionem doli, *ex ea causa, quod non habeat pro se defuncti voluntatem, quippe quae per adrogationem mutata videatur* ». *Errores Pragmaticor.* dec. XXXIX, err. VII, num. 14 in f. e num. 15. In simil modo osserva lo SCHULTING, *Notae ad* Dig. VI, pag. 60 alle parole: *quia dando se adrogandum testator:* « et satis clare a voluntate priore recessit ».

divenuto capace di testare dichiara in qualunque modo di volere che il testamento valga come sua ultima volontà, l'eccezione cade, non perchè un testamento possa nascere per la semplice dichiarazione di volontà senza solennità alcuna, ma perchè l'*exceptio doli* compete soltanto contro colui che ha contro di sè la volontà del testatore, non contro quello a cui favore si è manifestata questa volontà [98]. In simil modo sarebbe certamente respinta l'azione dell'erede testamentario se il testatore avesse in modo efficace dato a conoscere di avere mutato volontà [99].

Potrebbe soltanto nel caso da noi esaminato sembrare strano che si parli soltanto di una *exceptio*, per la ragione che per l'arrogazione il testamento si annulla *ipso iure* [100]. Ma la cosa si spiega in questo modo:

Un testamento annullato o invalido in genere secondo i principii rigorosi del diritto civile poteva esser valido per diritto pretorio quando fosse fatto in una forma per la quale il pretore desse la *b. p. secundum tabulas*. Se questa *bonorum possessio* poi fosse *cum re* o *sine re* era cosa che dipendeva da diversi motivi. Se il *bonorum possessor* aveva a suo favore un testamento valido per diritto pretorio e insieme la volontà del testatore, egli poteva opporre una *exceptio doli* all'*hereditatis petitio* dell'erede intestato [1]. Al contrario se egli non aveva a suo favore la volontà del testatore l'*exceptio doli* poteva essere opposta alla sua rivendicazione e se egli ne era in possesso non aveva alcuna eccezione efficace contro l'azione dell'erede intestato. Così si spiega come anche un testamento annullato per l'arrogazione del testatore dovesse tuttavia paralizzarsi colla *exceptio doli*; ciò valeva pel caso che esso avesse tutti i requisiti esteriori

---

98) Così sono già state spiegate sopra a pag. 169-70 nota 54 le parole finali. Confr. Cuiacio in L. 13 *quaestionum Papiniani*.

99) L. 1 § 8 D. *si tab. test. nullae extab.*, 38, 6. Qui non si parla letteralmente dell'*exceptio doli*, ma le espressioni usate sono simili a quelle che si usano negli altri testi che hanno riguardo alla volontà contraria del testatore.

100) § 4, 5 I. *quibus modis test. inf.* Confr. Fabro, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXIX, err. 7.

1) Gaio, II, 120. Vedi il § 1421 *h* del *Commentario*, pag. 526 seg. del volume precedente.

affinchè in base ad esso potesse concedersi la *b. p. secundum tabulas* [2]).

Se da ciò deriva che anche l'erede il quale perseguitasse il suo diritto di eredità contro la volontà del testatore potesse essere respinto colla *exceptio doli*, non ne segue però che non si dovesse tener conto del modo come era stata espressa la volontà contraria, in altre parole che si potesse opporre l'*exceptio doli* all'erede testamentario, ogni qual volta il testatore avesse in un modo qualunque espressa la sua volontà contraria. Fu già dimostrato sopra che un testamento vero e proprio non poteva in origine essere revocato altrimenti che con un nuovo testamento, finchè l'imperatore ONORIO prima e poi GIUSTINIANO introdussero altri modi di revoca. Se pertanto l'erede intestato voleva opporre all'erede testamentario la *exceptio doli* per il mutamento di volontà, doveva dimostrare che il testatore aveva espresso la sua volontà diversa nel modo prescritto. Diversamente andavano le cose pei legati, perchè per questi si richiedeva soltanto la prova che il testatore avesse mutato volontà.

Questa differenza fra la revoca di una istituzione d'erede e quella di un semplice legato è riconosciuta molto chiaramente nei testi seguenti:

« PAPINIANUS *Lib. VI Responsorum*: Ex parte heres institutus etiam legatum acceperat. Eum testator inimicitiis gravissimis persecutus, quum testamentum aliud facere instituisset, neque perficere potuisset, praeteriit: *hereditariae quidem actiones ei non denegabuntur, sed legatum si petat, exceptione doli mali summovebitur* » [3]).

Adunque anche sulla base di un secondo testamento imperfetto al legatario che domandi un legato lasciatogli nel primo, si può opporre l'*exceptio doli* sebbene il primo testamento non sia rotto; ma

---

2) CUIACIUS, *ad Pap. Quaest. ed. Neapol.*, t. IV, pag. 353. — Barth. CHESIUS, *in Interpretation. iur.*, L. 1, cap. V, num. 13 e 24 (in HEINECCII, *Iurisprud. Rom. et Att.*, t. II, pag. 38 segg.). — Alb. Dieter. TREKELL, *De origine et progressu testamentifactionis apud Romanos*, cap. III, § 51, pag. 179. Concorda in sostanza anche il FABRO, loc. cit. n. 15 seg. benchè gli scrittori posteriori lo citino come dissenziente.

3) L. 22 D. *de adimendis vel transfer. legat.* (34, 4).

per quest'ultima ragione appunto la volontà contraria non può nuocere all'erede [4]).

« *Id. eodem libro:* Veteranus moriens testamentum iure communi tempore militiae factum irritum esse voluit, et intestatus esse maluit; heredum institutiones et substitutiones in eodem statu mansisse placuit, legata vero petentes exceptione doli mali secundum ius commune summoveri » [5]).

Poichè il testamento che il veterano voleva revocare era fatto nella forma ordinaria, esso poteva revocarsi soltanto mediante un testamento formale [6]). Il contrapposto fra istituzione d'erede e legati è espresso qui poi in modo chiarissimo, ma tuttavia non sono mancati i tentativi d'interpretare il testo diversamente. Giovanni Guglielmo Marckart è anche qui fra gli avversarii più fieri [7]) perchè l'interpretazione letterale contradice apertamente alla sua opinione già sopra confutata secondo la quale una revoca qualunque annullerebbe sempre il testamento. Egli, a dir vero, disprezza l'interpretazione che gli sarebbe offerta dalla interpunzione seguita nella edizione del Baudoza:

« Veteranus moriens testamentum iure communi, tempore militiae factum, irritum esse voluit ».

Il testo significherebbe che il testatore non voleva revocare il tetamento colla semplice espressione di una volontà contraria, ma secondo le regole rigorose del diritto e per ciò il secondo testamento imperfetto non avrebbe potuto distruggere il primo [8]). Egli sentiva però che in tal modo avrebbe dovuto riconoscere il principio da lui contrastato, la maggiore facilità di revocare i legati più che le istituzioni d'erede. E perciò egli ha battuto un'altra via. Secondo il suo concetto le parole *heredum institutiones in eodem statu mansisse placuit, legata vero,* etc., non indicano un contrapposto, ma soltanto il dato di fatto proposto al giureconsulto. Si domandava a questo: possono i legatarii pretendere i legati dagli eredi istituiti? e la risposta era:

---

4) Cuiacius ad lib. VI, *Respons. Papiniani* (ed. Neapolit. t. IV, pag. 1085).
5) L. 36 § 3 D. *de testam. milit.* (29, 1).
6) Vedi sopra nota 32 a pag. 193.
7) Marckart, *Interpretationum receptarum iuris civilis lectiones,* lib. II, c. 2.
8) Loc. cit. pag. 185 seg.

no, perchè contro di loro sta la volontà del testatore e a loro si può opporre perciò l'*exceptio doli*. Qui non era una lite fra gli eredi testamentarii e gli eredi intestati ed è per ciò che il giureconsulto poteva dire *heredum institutiones in eodem statu mansisse*. Diversamente avrèbbe risposto il giureconsulto se gli fosse stata proposta la questione, se gli eredi intestati dovessero essere preferiti agli eredi testamentarii; egli avrebbe secondo il nostro autore risposto senza dubbio di sì [9]) Noi crediamo invece di poter assicurare il contrario, perchè se anche il testo non fosse così chiaro com'è, difficilmente PAPINIANO avrebbe data una risposta diversa da quella data nel caso sopra riferito da lui risolto nello stesso libro dei *Responsi* [10]).

Si è invocata anche la L. 12 D. *de his quae ut indignis* 34, 9 per provare che vi sono casi nei quali l'erede testamentario è escluso senz'altro dall'eredità per il fatto che egli non ha a suo favore la *suprema voluntas*. Ma il testo non prova nulla, perchè parla dello speciale diritto del fisco di prendere la quota degli eredi dichiarati indegni [11])

Quanto al motivo di questa differenza, esso non è difficile a trovarsi. Il testamento si riferisce nella sua parte fondamentale soltanto agli eredi, i legati non sono parti essenziali di esso. Perciò la invalidità dell'istituzione dell'erede nuoce ai legati; ma non l'opposto [12]); perciò il legatario poteva anche essere testimone nel testamento, ma non l'erede [13]). Inoltre il rapporto fra erede e legatario è ben diverso da quello fra erede testamentario ed erede intestato. Il legatario ha per volontà del testatore un diritto di credito contro gli eredi; è naturale perciò che la volontà contraria del testatore produca una *exceptio doli* a favore degli eredi contro questo credito:

9) MARCKART, loc. cit., § 3, pag. 189 seg.

10) La spiegazione esatta di questo testo si trova in quasi tutti gli scrittori antichi e moderni. Mi limito a nominare la Glossa di ACCURSIO ad h. l. — CUIACIO in lib. VI *Responsorum Papiniani*. — CHIESI, *Differentiae iuris*, cap. XXIV, n. 5 nelle *Iurisprudentia Rom. et Attica* di EINECCIO, t. II, p. 723.

11) Vedi in particolare POTHIER, *ad tit. de adimendis vel transf. legatis*, n. V, nota 1. *Pand.*, t. II, pag. 436 e anche la nota 54 sopra a pag. 169-70.

12) L. 17 D. *de iniusto, rupto, irrito facto test.* (28, 3).

13) § 10 e 11 I. *de testam. ordin.* 2, 10.

invece il rapporto fra eredi testamentarii ed eredi intestati dipende dal fatto se vi sia o no un testamento valido. Infine un argomento per essere propensi a rimettere la necessità della revoca formale pei legati consiste nel fatto che le disposizioni codicillari di tutte le specie potevano al tempo dei giureconsulti classici esser fatte senza alcuna forma, di guisa che sarebbe inconseguente voler negare alla revoca indiretta pretoria gli effetti che avrebbe sempre una semplice dichiarazione di revoca dei legati [14]).

Dopo questa esposizione del diritto antigiustinianeo siamo ora in grado di risolvere con poche parole la questione sopra proposta. GIUSTINIANO nella L. 27 C. *de test.* 6, 23 parla soltanto della revoca totale del testamento, non della revoca di singole disposizioni. Se su quest'ultima non fossero già stati in vigore principii speciali si avrebbe potuto dire senz'altro che anche i legati non potevano essere revocati altrimenti che mediante un nuovo testamento, o per la distruzione del vecchio, o per la revoca davanti a tre testimoni o in giustizia collegata col decorso di dieci anni. Ma una tale interpretazione è giuridicamente impossibile, sia per la regola *species generi derogat*, sia perchè GIUSTINIANO non aveva l'intenzione di rendere la revoca delle disposizioni di ultima volontà più difficile di quello che fosse prima, ma tendeva soltanto ad abolire l'innovazione dell'imperatore ONORIO, o meglio a limitarla, rendendo anche possibile ai testatori la revoca di un testamento che non fosse in loro possesso senza la necessità di farne uno nuovo.

Pei legati adunque è rimasto immutato l'antico diritto; essi possono essere revocati con qualunque manifestazione di volontà contraria espressa o tacita [15]). Ad essi non si applica la costituzione di GIUSTINIANO, nè per essi sono certo da accogliere le opinioni degli antichi scrittori secondo i quali la revoca dovrebbe avvenire ora davanti a cinque, ora davanti a due testimoni [16]).

---

14) Diversamente cerca di spiegare la differenza il CHIESI, cap. XXXIV, n. 6. Io lascio però al lettore di consultare da sè questo autore perchè non vale la pena di esporre qui un'opinione errata.

15) Vedi WEBER ad HOEPFNER, *Commentaris, etc.* (Commentario delle Istituzioni), § 518 nota 6 n. 1.

16) Si trovano enunciate in STRYKIO, *Cautelae testam.*, cap. XXIV, § 41.

§ 1430.

b) *Della revoca reale mediante un nuovo testamento.*

La più importante fra le revoche così dette reali è la confezione di un nuovo testamento. Un testamento posteriore distrugge il precedente [17]), l'ultimo è preferito a tutti gli anteriori [18]) e questo effetto ha luogo di per sè senza necessità di una revoca espressa del testamento antecedente [19]). Questo è sì consentaneo alla natura stessa della cosa che non ha bisogno di spiegazione, anzi sembra assai strano che alcuni diritti particolari richiedano che il testamento precedente sia revocato espressamente in quello posteriore [20]). Quando

---

17) GAIO, II, 144; § 2 I. *quibus modis test. infirm.* — ULPIANO, XXIII, 2.

18) QUINCTILIANI, declamat. 308. Testamenta ultima rata sint; o « manifesta legis voluntas est, ut id testamentum valeat, post quod nullum testamentum est ». Vedi L. 1 § 1 D. *de bon. poss. sec. tab.* — « tabulas — Praetor sequitur supremas ». Onde anche le espressioni *supremum iudicium, suprema voluntas, postremum iudicium* e nei poeti *ultimae cerae* per testamento (VALERIO MARZIALE, *Epigrammata*, IV, epigr. 70), perchè solo la volontà espressa per ultima vale come testamento. Confr. SCHRADER ad § 7 I. *quibus modis testament. infirm.*

19) L. 27 C. *de testam.*, 6, 23: « si perfectissima est secundi testamenti confectio, *ipso iure prius tollitur* ». — VINNIUS ad § 2 Inst. *quib. mod. test. infirm.* in nota.

20) *Riforma di Francoforte*, parte IV, tit. 7 § 2. Confr. *Code civil.*, art. 1036, dove la revoca è prescritta come necessaria sempre quando il testamento seguente non sia pel suo contenuto complessivo inconciliabile col precedente. Ma fin che si parla semplicemente delle conseguenze normali del fatto noi supponiamo anche naturalmente che nel testamento posteriore sia disposto sull'intero. Del resto gli scrittori di Francia e dei Paesi Bassi disputano se la revoca espressa abbia effetti particolari, in altre parole se il testamento precedente non debba ritenersi annullato anche quando il posteriore revocante sia imperfetto e se la mancanza di revoca espressa non abbia per effetto che il testamento precedente ritorni valido quando il posteriore divenga inefficace, per esempio per rinuncia dell'erede. Confr. GARNIER, *Diss. de test. revocatione*, pag. 14. Secondo il diritto romano quest'ultima questione non è neppur proponibile. § 2 I. *quibus modis test. infirm.*: « Posteriori testamento superius rumpitur, nec interest an extiterit aliquis heres ex eo an non extiterit »; e anche la prima deve essere risolta negativamente secondo i principii del diritto

infatti ad alcuno è concesso di disporre su un dato oggetto quante volte vuole s'intende da sè che l'ultima disposizione sullo stesso oggetto deve annullare tutte le altre. Si può solo domandare per qual motivo presso i Romani, almeno nei primi tempi, l'ultimo testamento fosse sempre assolutamente esclusivo in maniera che l'erede istituito in un testamento precedente fosse escluso del tutto anche quando l'erede del secondo fosse istituito soltanto in parte [21]). La ragione di questa regola non è però molto lontana. Col testamento il testatore dispone della *familia*; e per *familia* s'intende non soltanto una massa patrimoniale divisibile, ma una unità indivisibile di diritti e di obbligazioni, la persona patrimoniale del testatore, come la chiama in modo assai espressivo il HUSCHKE [22]), onde sarebbe con-

---

comune perocchè un testamento che non può esistere come testamento perfetto secondo la volontà del testatore, non può avere alcun effetto. § 7 I., *eodem* [i]).

[21]) Ciò fu modificato in seguito. Vedi § 3 I. *quibus modis test. infir.* Per maggiori particolari vedi il paragrafo seguente.

[22]) Vedi la dissertazione di lui sulla regola *Nemo pro parte testatus, pro*

---

i) Sulla prima di queste questioni, che più particolarmente vien proposta pel caso che il testamento revocatorio sia nullo come testamento, ma abbia tuttavia i requisiti dell'atto notarile ammesso dall'art. 1035 Cod. civ. franc., l'opinione prevalente in Francia è che tale atto non basti a revocare efficacemente il testamento precedente. Vedansi in questo senso ZACHARIAE e CROME, *Handbuch des franz. Civilrechts* (Manuale di diritto civile francese), 8.ª ediz., § 735 (725). — AUBRY e RAU, *sur Zachariae*, § 725, nota 7. — LAURENT, *Droit civil*, Vol. XIV, pag. 188 seg. — MERLIN, *Répertoire*, v. *testament*, sez. 2. — GRENIER, *Traité des donations et des testaments*, n.º 342, Vol. I, pag. 331. — BAUDRY-LACANTINERIE e COLIN, *Des don. entre vifs et des testaments*, Paris 1896, II, n.º 2721, 2722 e le decisioni citate da ZACHARIAE, loc. cit., § 735, nota 3.

In senso contrario, cioè per l'efficacia della revoca anche essendo nullo il testamento si sono pronunciati invece MARCADÉ, *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, art. 1035, Vol. IV, n.º 170 ed altri citati da ZACHARIAE, loc. cit. Nel diritto nostro la questione è risoluta dall'art. 918 Cod. civ. secondo il quale « un testamento, nullo non può avere l'effetto di un atto notarile per revocare i testamenti anteriori ».

Sulla seconda questione anche il codice francese è esplicito e il nostro Autore ha trascurato di citare qui l'art. 1037, cui è pienamente conforme il nostro art. 921, secondo il quale la revoca fatta nel testamento posteriore ha effetto quantunque il nuovo atto resti ineseguito per incapacità o per rinuncia dell'erede o del legatario. Gli scrittori francesi sono tutti d'accordo nel ritenere che questo articolo si riferisca tanto alla revoca espressa quanto alla tacita considerata nell'art. 1036. Cfr. BAUDRY-LACANTINERIE e COLIN, loc. cit., II, n.º 2748 e le sentenze e gli autori citati ivi a pag. 352 nota 1. Vedi anche ZACHARIAE e CROME, § 735 cit.; MARCADÉ, op. cit., art. 1037, n.º 174.

tradittorio disporre della *familia* e limitare tuttavia la disposizione a singoli oggetti o parti [23]). Si potrebbe ammettere che originariamente fosse per ciò nominato sempre un solo erede, il quale poi dovesse restituire agli altri quello che gli era imposto dal testatore [24]). La legge però chiamava all'eredità parecchi prossimi parenti insieme e per ciò sembra che le limitazioni della libertà di testare derivanti dal concetto della *familia* siano state sempre di natura obiettiva e non subiettiva, vale a dire che la *familia* doveva essere mancipata per intero, ma l'*hereditas* poi poteva spettare a più persone [25]). Finchè dunque i testamenti per mancipazione erano le sole forme dei testamenti dei non soldati, il principio che solo un testamento potesse valere fra più testamenti dello stesso autore era un principio che s'intendeva da sè. Neanche la forma di testamento pretorio potè avere alcuna influenza diretta su questo principio perchè il pretore concedeva la *bonorum possessio secundum tabulas* in base ad un testamento chiuso con i sigilli di sette testimoni come se fosse stata seguìta la forma della mancipazione; e neppure portò alcuna modificazione la nuova forma di testamento sorta sotto gli imperatori cristiani, il che del resto non è che un caso di un fenomeno generale pel quale tutti i concetti ed i principii giuridici che si sono formati sotto l'influenza di un' antica forma non perdono di solito il loro significato per lo sparire di questa [26]).

Così è innegabile una connessione fra la regola *nemo paganus pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* e il nostro principio

---

parte intestatus decedere potest nel *Rhein. Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), vol. VI n. VIII e specialmente pag. 274-281, 296 seg.

23) Confr. Dernburg, *Beitraege, etc.* (Contributi alla storia dei testamenti romani), pag. 313 seg.

24) A conferma di questa opinione si potrebbe anche addurre il fatto che nella descrizione dell'antico testamento per mancipazione si parla sempre di un solo *familiae emtor* (vedi Gaio, II, 102. Ulpiano, XX, 2), il quale secondo le maggiori probabilità era anche in origine il vero erede. Vedi sopra pag. 164-66, nota 45.

25) Confr. Huschke, loc. cit., pag. 275-81.

26) Citerò come esempii soltanto la contestazione della lite (vedi le mie *Pandette*, § 144) e l'emancipazione. L. ult. Cod. *de emancip.* 8, 49 § ult. I. *de leg. agn. succ.*: « emancipationes liberorum semper videantur contracta fiducia fieri ». Confr. Wenck, *Prefazione agli opuscoli di* Haubold, pag. 29.

perchè la conseguenza giuridica richiede che quando non si può disporre in genere parzialmente non sia neppure ammessa una divisione della *familia* mediante una pluralità di disposizioni. A questa connessione dei due principii allude chiaramente ULPIANO quando dice che il soldato può lasciar parecchi testamenti (*militi licet plura testamenta facere*) per la ragione che a lui è concesso anche di disporre di una sola parte del patrimonio lasciando pel resto aprirsi la successione intestata, *cum et ex parte heredem instituere possit, hoc est ex parte testato ex parte intestato decedere* [27]).

La regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* ha però un significato tutto particolare, di maniera che l'argomentare dalle medesime disposizioni testamentarie dello stesso testatore non solo appare molto dubbio, ma addirittura inammissibile.

Innanzi tutto infatti si presenta in tal caso il problema, come sia avvenuto che l'antica regola si sia riferita sempre soltanto alla inconciliabilità dei due modi di delazione.

« Unius pecuniae plures *dissimilibus de causis* heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniae alius testamento, alius lege heres esset », dice CICERONE [28]), e POMPONIO: « Ius nostrum non patitur, eundem in paganis et *testato et intestato decessisse, earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus* » [29]).

In nessun luogo si trova espressa questa regola a riguardo di parecchi testamenti; soltanto i moderni ne hanno tratta l'altra regola *nemo cum pluribus testamentis decedere potest.* Certamente è giusto che non si potesse disporre della così detta successione diretta con più testamenti coesistenti fra loro; ciò era possibile soltanto per i soldati perchè per essi l'efficacia della disposizione dipendeva non dalla forma di questa, ma dalla sola volontà del testatore. In questo riguardo ULPIANO dice *militi licet plura testamenta facere* [30]), da che deriva, ed è in ogni modo cosa indubitata, che un pagano non possa

---

27) L. 19 pr. D. *de test. milit.* 29, 1.
28) CICERO, *de invent.*, lib. II, c. 21.
29) L. 7 D. *de reg. iur.*, 50, 17.
30) L. 19 D. *de test. mil.*, 29, 1. — Confr. HUSCHKE, loc. cit., pag. 326.

validamente disporre in tal modo, cioè che secondo la logica giuridica non è ammesso che alcuno muoia lasciando l'eredità diretta in base a diversi testamenti [31]). Ma, astrazion fatta da ciò, decisiva è sempre la volontà del testatore e la successione diretta e indiretta possono senza dubbio coesistere [32]). La *familia* può essere ereditata soltanto in base ad un testamento e l'ultimo esclude sempre il primo, anzi se dall'ultimo non appaia la volontà del testatore di far valere ancora il primo, questo deve necessariamente ritenersi annullato. Nel caso opposto l'erede istituito nell'ultimo testamento ha l'obbligo di adempiere la volontà espressa nel primo come un onere a lui imposto. Nè questo è da considerarsi come un principio giuridico di tarda formazione. I fedecommessi sono senza dubbio molto antichi [33]), invalide erano soltanto le disposizioni fedecommissarie fatte contro il divieto della legge [34]), in altre parole i così detti *fideicommissa tacita* [35]). Le notizie delle fonti che di solito vengono riferite alla prima

---

31) Sopra un'eccezione introdotta dal pretore (L. 1 § 6 D. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11) la cui natura è molto dubbia vedi il paragrafo seguente e sopra pag. 53, nota 86.

32) L. 12 § 1 D. h. t. § 3 I. *quibus modis test. inf.* 2, 17.

33) Ciò è confermato non solo dalla descrizione del più antico testamento per mancipazione in GAIO, II, 102 (*amico familiam suam . . . mancipabat, eumque rogabat quid cuique post mortem suam dari vellet*), ma anche dai casi di fedecommessi riferiti da CICERONE, dai quali appare che le preghiere fatte nei testamenti doveano essere adempiute quando non fossero contrarie alle leggi. CICERO, *de finibus*, II, cap. 17, 18; *in Verrem*, II, Lib. I, c. 47. — Val. MASSIMO, *Dicta et facta memorabilia*, lib. IV, c. 2 n. 7. Pur non di meno possono le parole di GIUSTINIANO (§ 1I. *de fid. her.* 2, 23): « omnia fideicommissa primis temporibus infirma fuisse » essere intese alla lettera, senza che per ciò ne consegua che essi non fossero ancora riconosciuti affatto al tempo della repubblica. Inoltre anche le applicazioni che di questo principio fanno le stesse Istituzioni e TEOFILO ad h. l. si riferiscono tutte a casi nei quali le disposizioni fedecommessarie erano *contra legem scriptam*. Si può infine concedere che le innovazioni fatte da AUGUSTO, cioè l'istituzione di un magistrato per giudicare delle cause di fedecommessi e in generale la fissazione di principii precisi sulle disposizioni di questa specie (§ 2 I. *de fid. her.*), abbracciassero tutti i fedecommessi senza che da ciò derivi che prima non fossero i fedecommessi giuridicamente obbligatorii.

34) Vedi la nota precedente e le citazioni ivi dei testi di CICERONE.

35) Vedi per esempio L. 103 D. *de legatis*, I, 30; L. 1 Cod. *de delatoribus*, 10, 11.

origine dei fedecommessi in parte si riferiscono soltanto ad una mitigazione di tali divieti, in parte alla possibilità di ordinare fedecommessi senza un vero testamento [36]).

Diversamente si comporta la successione testamentaria nei suoi rapporti coll'intestata. Mediante il testamento la successione intestata è esclusa necessariamente del tutto, e gli eredi intestati possono ottenere qualcosa mediante una disposizione testamentaria; se ciò avviene il testatore muore sempre testato [37]). POMPONIO poteva perciò dire con molta verità *earum rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus*. A questo principio si fecero le seguenti modificazioni: *a*) il testatore può gravare di fedecommessi i suoi eredi intestati [38]). Ma astraendo dal fatto che ciò divenne possibile soltanto dopo che furono introdotte le disposizioni codicillari, non vi ha qui un vero testamento e non essendovi attribuzione della *familia* mediante testamento, non si può neppure parlare di concorso dell'eredità testamentaria colla legittima, ma soltanto di una limitazione dell'eredità legittima. *b*) Vi sono alcuni mezzi impugnativi del testamento, i quali lasciano tuttavia in vigore alcune disposizioni [39]), come la *bonorum possessio contra tabulas* [40]) e la querela d'inofficioso testamento [41]). In tal caso però, non è dalla volontà del testatore

---

[36]) Pr. I. *de codicillis* 2, 25.

[37]) HUSCHKE, loc. cit., pag. 330.

[38]) L. 3 pr. Dig. *de iure cod.*, 29, 7. Anche qui è ammesso che il testatore avesse disposto a favore dei suoi eredi intestati. Così PAOLO dice nella L. 8 § 1 Dig. *de iure cod.*, 29, 7:

«Sed ideo fideicommissa dari possunt ab intestato succedentibus, *quoniam creditur pater familias sponte sua his relinquere legitimam hereditatem* ».

[39]) Confr. in generale HUSCHKE, loc. cit., pag. 317 seg. 333-364. Al § 1440 di questo *Commentario* al titolo *de heredibus instituendis* io avrò occasione di schiarire non solo le varie opinioni sul fondamento della regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, ma anche di sottoporre ad esame le nuove vedute del HUSCHKE, sulle modificazioni di questa regola, ciò che sarà tanto più necessario perchè esse sono in parte anche dirette contro ciò che fu esposto nei precedenti volumi di questo *Commentario*.

[40]) Vedi pag. 622-651 del vol. precedente e HUSCHKE, loc. cit., pag. 317-20, 333-36.

[41]) Vedi L. 24 in f. Dig. *de inoff. test.*, 5, 2: « pro parte testatus, pro parte intestatus decessisse videbitur » e pag. 228 seg. del vol. precedente. Confr. HUSCHKE, loc. cit., pag. 336-58.

che deriva questo risultato; questa e non altra è la portata della regola. Questa dispone essere impossibile che alla morte del testatore l'eredità si deferisca parte per testamento parte per legge, o in altre parole nessuno può morire in parte testato in parte intestato [42]), non dice invece che sia impossibile che un testamento si realizzi soltanto in parte. In questo riguardo anzi è detto *nec absurdum videtur pro parte intestatum videri* [43]), vale a dire che può benissimo avvenire per disposizione di legge o per decisione del giudice che solo una parte della disposizione testamentaria resti in vigore e conseguentemente per le altre parti del patrimonio si avveri la successione intestata. Se ora riassumiamo brevemente il sin qui detto noi troviamo che nel diritto romano esiste la regola senza eccezione che chi fa un testamento non può disporre che per una parte del suo patrimonio si avveri la successione intestata; ma è invece possibilissimo che alcuno disponga efficacemente del suo patrimonio con più testamenti, sebbene la *hereditas* o cosidetta successione diretta non possa trasmettersi che con un testamento solo. Queste limitazioni e quella regola derivano tutte da un unico principio, ma il loro significato pratico è ben diverso. La regola mette in contrapposto deciso i due modi di delazione, in maniera che l'uno è escluso assolutamente dall'altro; per ciò che riguarda la pluralità di testamenti l'impossibilità di una *familiae mancipatio divisa* conduce però soltanto ad una limitazione del modo della successione; nel resto tutto si regola secondo la volontà del testatore. Questa prevalente importanza pratica della regola ci spiega anche l'origine di essa e la sua formula. Una regola che fosse stata espressa *nemo pluribus testamentis decedere potest* avrebbe potuto essere vera soltanto in un certo riguardo e perciò essere facilmente fraintesa. Infatti una tal regola non esiste, perchè sebbene Ulpiano si esprima a proposito del diritto dei soldati come se pei non soldati fosse esistita la regola *pagano non licet plura testamenta facere*, noi dobbiamo però trovare ivi

---

42) Seuffert, *Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. III, diss. XV, § 6, 7 pag. 219-220 nota 26. — Huschke, loc. cit., p. 337.

43) L. 15 § 2 D. *de inoff. test.*, 5, 2. Similmente nella L. 19 D. *eod.* è detto: « pro parte intestata efficitur ».

l'espressione di un diritto valido pei soldati in una forma che per l'insieme del discorso non poteva essere fraintesa.

Per ciò che riguarda l'applicazione pratica di questi principii, noi abbiamo senza dubbio accolto col diritto testamentario romano anche il principio che la disposizione testamentaria sia esclusiva per ciò che tocca alla successione diretta, anche nel caso che il testatore abbia disposto solo di una parte della sua eredità, ond'è che, in mancanza di disposizioni contrarie dei singoli diritti particolari, debbono ammettersi anche soltanto le eccezioni che il diritto romano ammette [44]). Soltanto il diritto particolare dei patti successorii ci ob-

---

44) Fra i nuovi diritti particolari diversi hanno abolito del tutto il principio. Vedi il *Diritto territoriale prussiano,* parte I, tit. 12 § 572-574. L'erede nominato nel secondo testamento vale perciò come un coerede di quello nominato nel primo qualora il testatore abbia dichiarato che anche il primo testamento debba restare in vigore. Similmente vanno le cose nel *Codice austriaco,* § 713. In questo però è anche disposto che quando l'erede sia chiamato nel secondo testamento soltanto ad una parte dell'eredità il primo testamento sia non ostante revocato del tutto e la parte della quale non fu disposto vada agli eredi intestati. Il diritto prussiano non decide invece questo punto. Secondo i principii generali di esso sull'eredità, per quanto almeno essi possano riconoscersi, in un simil caso l'ultima disposizione si dovrebbe considerare come una semplice limitazione della precedente e l'erede istituito in questa considerarsi come il vero erede, quello istituito nella seconda come un legatario. La disposizione che per la parte sulla quale non fu disposto si faccia luogo alla successione intestata, o in altre parole l'abolizione della regola *nemo pro parte testatus, etc.* (parte I tit. 12 § 45, § 256-258) non può influire su questa risoluzione, perchè in quella si presuppone che non esistesse alcun testamento, o che il precedente fosse stato validamente revocato. Neppure può applicarsi qui la disposizione secondo la quale un testamento revocato da uno posteriore non può ritornare in vigore neppure se quest'ultimo sia invalido, facendosi luogo invece alla successione legittima (loc. cit. § 580); perchè qui non ha luogo il presupposto che il primo testamento sia stato revocato dall'ultimo e invece deve applicarsi il principio su cui riposa la disposizione del successivo § 581 secondo la quale il primo testamento conserva la sua validità quando l'ultimo non ha i requisiti di una valida revoca. In una parola per diritto prussiano vi ha un testamento soltanto quando il testatore abbia disposto di tutto il suo patrimonio; se le sue disposizioni si riferiscono soltanto ad alcune parti somme o quote della sua eredità la disposizione è soltanto un codicillo anche se il testatore ha dato agli onorati il nome di eredi (loco citato § 4, 5, § 254-257). Come questi onorati si debbono considerare legatarii nei rapporti cogli eredi intestati (§ 258), ugualmente debbono considerarsi nei rapporti cogli eredi testamen-

bliga a fare ancora un passo. Il patto successorio distrugge il testamento precedente quando con esso patto si sia disposto di tutta l'eredità [45]), e il contenuto di un primo testamento può anche similmente essere accolto in un patto successorio non diversamente che in un secondo testamento, di maniera che l'erede pattizio sia obbligato ad adempiere le disposizioni di quello come erede diretto [46]). Ma è una questione ben diversa quella se una disposizione possa avvenire parte per testamento e parte per patto in maniera che l'erede testamentario e l'erede pattizio succedano l'uno accanto all'altro. Questa questione è già stata trattata sopra a pag. 51 seg. ed ivi risolta affermativamente. Qui non resta che da aggiungere qualche osservazione. Quelle regole del diritto romano testamentario che abbiano il loro fondamento in qualcuna delle forme speciali di testamento non possono applicarsi ai patti successorii, per quanto si applichino effettivamente o per via di finzione ai testamenti moderni. Quando pertanto il testatore prima abbia fatto un testamento poi un vero patto successorio, soltanto però per una parte del patrimonio, l'erede pattizio non può considerarsi erede diretto se non per quella parte e gli eredi testamentari conservano per la restante parte i diritti in base al testamento, non essendo questo stato distrutto che in parte. Se al contrario prima fu stipulato il patto su una parte dell'eredità e poi fu fatto il testamento, questo non può essere opposto all'erede

---

tarii precedenti, perocchè simile disposizione non estingue il testamento precedente (Arg. § 572, § 582, § 587). Del resto anche in questa materia le espressioni della legge non sono così precise e proprie come ci sarebbe da aspettarsi dopo i lavori preparatori di essa; e così è facile un malinteso quando si pensi che il § 572 dice che il primo testamento perde la sua validità quando l'istituzione d'erede in esso contenuta è mutata dal testamento posteriore, mentre invece il § 574 dice che pel mantenimento di esso occorre la esplicita dichiarazione che anche l'istituzione d'erede del primo testamento rimanga in vigore. Ad ogni modo però, non si può certo sostenere, come fa il Gans, *Beitraege zur Revision des Preussischen Gesetzgebung* (Contributi alla revisione della legislazione prussiana), vol. I, pag. 139, che una disposizione di ultima volontà nella quale è istituito soltanto un erede in una quota sia un testamento nel senso del diritto prussiano.

45) Confr. Griesinger, *Commentar ueber das Würtembergischs Landrecht* (Commentario al diritto territoriale del Würtemberg), vol. VI, pag. 471 e seg.

46) Confronta sopra § 1425 *f* pag. 47, 62.

pattizio, ma poichè il testatore conserva il diritto di disporre liberamente sulla parte che l'erede pattizio non può pretendere, a lui deve anche esser concesso di nominare per quella parte un erede diretto. Tali anomalie non potevano evitarsi una volta ammessa la coesistenza di due istituti di caratteri così diversi come il testamento e il patto successorio. Nè contro questo risultato si potrebbe invocare la regola *nemo pro parte testatus, etc.,* neppure se da questa derivasse con assoluta necessità che nessuno può morire lasciando più testamenti.

Ma io ho già sopra cercato di mostrare che ciò non è. Non si potrebbe certamente rimproverare un legislatore d'inconseguenza se anche egli accogliesse espressamente quella regola e poi ammettesse che un testatore potesse con un secondo testamento disporre direttamente per una parte lasciando per l'altra parte in vigore le disposizioni dirette contenute nel primo testamento. Ciò può essere giustificato dal desiderio di evitare gl'inconvenienti che facilmente ne sarebbero da temere quando il testatore lascia indeterminato per una parte del patrimonio questo punto così importante, chi sia il suo erede. Così però non si fa che applicare nella sua piena estensione il principio già riconosciuto dai Romani secondo il quale, quando una volta è stata esclusa la successione intestata, la volontà del testatore ha determinato il modo di delazione dell'eredità, ma che il vero erede sia solo l'istituito nel secondo testamento è un principio ammesso nel diritto romano per una conseguenza giuridica troppo rigorosa, nè il principio contrario potrebbe certo dare origine ad inconvenienti più di quelli che non nascano quando il testatore abbia nominato più eredi nello stesso testamento. In ogni caso però apparirà sempre giusta l'osservazione fatta in altro luogo (pag. 52), che cioè si attribuisce alla regola *nemo pro parte testatus* ecc. un significato che non aveva nel diritto romano, quando la s'invoca per risolvere in senso negativo la questione se possa la successione diretta deferirsi parte per testamento parte per patto.

Concludendo, un testamento posteriore valido distrugge *ipso iure* il precedente e questo effetto non è diminuito neppure dal fatto che l'ultimo testamento venga poi ad essere annullato o resti senza effetto. Il primo testamento è e rimane in ogni modo rotto, non

ostante che: *a*) il secondo sia revocato o annullato [47]); *b*) l'erede istituito perda la capacità di succedere o per altra ragione non riceva nulla o rinunci all'eredità [48]); *c*) non si avveri la condizione sotto la quale fu istituito l'erede, salvo che si tratti di condizione impropria che non sospende l'effetto dell'atto, cioè di una *conditio in praeteritum* o *in praesens collata,* per es. Tizio sia mio erede se egli al momento in cui io faccio testamento abbia già ottenuto un ufficio pubblico. Se una condizione sì fatta si è già avverata l'istituzione vale come incondizionata e la rottura del primo testamento ha luogo senz' altro; se invece essa non si è avverata l'istituzione è fin da principio nulla e il secondo testamento non può avere alcun effetto.

Su questo punto così si esprime un passo di POMPONIO, *libro II ad Quintum Mucium* [49]):

« Cum in secundo testamento heredem eum, qui vivit [50]), instituimus, sive pure sive sub condicione, si tamen condicio existere potuit [51]), licet non exstiterit, superius testamentum erit ruptum. Multum autem interest, qualis condicio posita fuerit. Nam aut in praeteritum concepta ponitur, veluti: *si Titius consul fuerit,* quae condicio [52]) si vera est —, ita est institutus Titius, ut superius te-

---

[47]) Di alcune modificazioni di questo principio si tratterà nel paragrafo seguente. Intanto si confrontino L. 92 D. *de hered. inst.*, 28, 5, L. 11 § 2 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11.

[48]) § 2 I. *quibus modis test. inf.* 2, 17. Confr. GAIO, II, 144.

[49]) L. 16 Dig. h. t.

[50]) Nella Glossa di ACCURSIO si trova a questo punto l'osservazione *maxime; nam idem si postumum.* Il postumo si potrebbe qui intendere indicato anche dalla parola *vivus*, perchè *conceptus quodammodo in rerum natura esse existimatur* (L. 7 D. *de suis et legit.*, 38, 16). Tuttavia il pensiero del giureconsulto non sarebbe espresso in modo esauriente neppure così. Il giureconsulto vuol dire che l'erede istituito deve essere capace di succedere affinchè possa il secondo testamento rompere il primo. Il requisito della sua esistenza al tempo della istituzione non è dunque citato qui se non come un esempio di capacità.

[51]) Vedi la spiegazione di queste parole più oltre nel testo.

[52]) Qui, come nell'esempio seguente di una *condicio in praesens collata,* la parola *condicio* è usata in senso improprio e non giuridico. Ciò è notato già dallo scoliaste dei *Basilici* ad h. l., scol. *l*, tomo V, pagina 281, edizione FABROTO.

stamentum rumpatur; tum enim ex hoc heres esset [53]); si vero Titius consul non fuit, superius testamentum non est ruptum. Quodsi ad praesens tempus condicio adscripta est herede instituto, veluti: *si Titius consul est*, eundem exitum habet, ut, si sit, possit heres esse, et superius testamentum rumpatur, si non sit, non possit heres esse, nec superius testamentum rumpatur. In futurum autem collatae condiciones, si possibiles sunt, exsistere potuerunt, licet non exstiterint [54]), efficiunt ut superius testamentum rumpatur, etiamsi non exstiterint; si vero impossibiles sunt, veluti: *Titius, si digito coelum tetigerit, heres esto*, placet perinde esse, quasi condicio adscripta non sit, quae est impossibilis ».

---

53) L'ALOANDRO propone di leggere *est;* ma il senso è evidentemente migliore colla lezione *esset*. Esso significa che, se la condizione si è avverata Tizio può essere erede in base al testamento, lo sarebbe, cioè, se volesse, o se al tempo della morte del testatore fosse ancora capace; ma per non esser ciò avvenuto la rottura del testamento già avveratasi non si distrugge.

54) La lezione aloandrina: *si possibiles sunt et existere poterunt efficiunt*, tralasciando le parole *licet non exstiterint*, sembra a prima vista preferibile alla fiorentina. Nè mancano autorità di manoscritti a suo favore, per esempio l'*et* dopo *possibiles sunt* si trova nelle seguenti edizioni, Lugduni 1524. Fr. Fradin, Parisiis 1527. Chevallon; Miraeus o Corpus iuris Augustini; Lugduni 1552 apud Hugonem a Porta e in altre. Se tuttavia così sparisce la difficoltà della costruzione, ne nasce però una molto più insopportabile tautologia nel discorso, perchè le *condiciones quae possibiles sunt et existere possunt* non sono altro che condizioni possibili, che sono possibili! A dir vero sembra che colla lezione fiorentina si debba ammettere un pleonasmo intollerabile col doppio *licet* o *etiamsi non exstiterint*. Ma se si divide giustamente il periodo esso non appare più pleonastico in senso vero e proprio, soltanto pecca come tutto il testo di inutile prolissità. POMPONIO vuol dire che le condizioni riferite al futuro potevano sempre, se erano condizioni possibili, avverarsi benchè in fatto non si fossero avverate e perciò esse danno sempre origine alla rottura del testamento. Questo senso appare molto facile e senza bisogno di sottintendere prima di *efficiunt* la particella *igitur* o un'altra simile, purchè si chiudano le parole *si possibiles... exstiterint* in una parentesi. Questo fa anche il POTHIER, *Pand. Just.*, h. t. num. VI, tomo II, pag. 192 e, benchè meno decisamente, il MAIANSIO, *ad XXX iurisconsultorum fragmenta*, t. I., pag. 243 n. 5. Secondo l'interpunzione accolta nell'edizione dei fratelli KRIEGEL è impossibile dare al testo un senso, se non si cancelli un *licet* o *etiamsi* davanti a *non exstiterint*. Del resto osservo che le parole *licet non exstiterint* si trovano in tutte le edizioni da me consultate tranne quella dell'ALOANDRO; il RUSSARDO le chiude in parentesi.

Non ostante alcune corruzioni del testo e alcuni difetti di esposizione il senso di questo passo è in sostanza chiarissimo. Qualche difficoltà nasce soltanto dalle parole del primo periodo: *si tamen condicio existere potuit*.

Queste parole interpretate nel loro senso grammaticale e nel loro nesso logico debbono intendersi così: la *ruptio* del primo testamento avviene solo quando la condizione sotto la quale è istituito l'erede nel secondo testamento sia possibile. Lo stesso concetto sembra a prima vista voglia esprimere POMPONIO colle parole della fine del testo *si possibiles sunt*.

Ma noi sappiamo che nelle disposizioni di ultima volontà le condizioni impossibili si hanno per non aggiunte e la disposizione si considera quindi come pura [55]. A dir vero esisteva su questo punto una disputa di scuole, sostenendo i Proculiani che la disposizione si dovesse in tal caso ritenere invalida [56] e i Sabiniani l'opinione opposta, ma la pratica si pronunciò per quest'ultima [57] ed è indubitato che POMPONIO l'accolse pure [58], anzi ciò risulta anche chiaramente dalle parole finali del testo « placet perinde esse quasi condicio adscripta non sit, quae est impossibilis ». Come dunque si conciliano con questo concetto le parole *si tamen condicio existere potuit?* Esse non si possono tradurre altrimenti che colla frase: « purchè il suo adempimento sia possibile » [59]. Secondo la glossa

---

55) § 10 I. *de heredib. instit.* 2, 14. L. 1 D. *de condit. instit.* 28, 7, L. 3 D. *de condit. et demonstr.* 35, 1.

56) GAJI, *Inst.*, III, 98: « legatum sub impossibili conditione relictum nostri praeceptores proinde valere putant, ac si ea conditio adiecta non esset; *diversae scholae auctores non minus legatam inutile existimant, quam stipulationem* ».

57) L. 3 D. *de condit. et demonstrat.* (ULP.): « *Obtinuit*, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas ». — Confr. SELL, *Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen* (Teoria delle condizioni impossibili) anche sotto il titolo *Versuche, etc.* (Saggi di diritto civile), parte II, Giessen 1834, § 6, pag. 32.

58) L. 6 in f. *de condit. et dem.*, 35, 1: « Sabinus quoque et Cassius, quasi impossibiles eas conditiones in testamento positas pro non scriptis esse; *quae sententia admittenda est* ».

59) « Sous une condition, dont l'événément n'est pas impossible », dice la traduzione francese del HULOT, Parigi 1804, e la traduzione tedesca del HUNGER: « ancor che la condizione non si sia avverata, purchè però fosse

di ACCURSIO questa frase avrebbe il medesimo significato delle parole contenute nella L. 1 D. di questo titolo: « Testamentum . . . . . rumpitur testamento, *ex quo heres existere poterit* ». Ma anche in questo modo non si toglie la contradizione, la si conferma anzi vieppiù. Il testamento nel quale l'erede è istituito sotto condizione impossibile sarebbe nullo e conseguentemente non potrebbe rompere il primo; or tutto ciò non si concilia colle parole finali del testo. Meglio interpreta il POTHIER riferendo le parole del principio del testo al *ius strictum*, secondo il quale il secondo testamento sarebbe nullo *ab initio* e il primo quindi resterebbe in vigore, le parole finali invece ad un diritto più mite introdotto posteriormente [60]). È sempre però difficilmente accettabile l'idea che il giureconsulto abbia così semplicemente e senza neppure una frase di passaggio congiunto il nuovo e l'antico diritto. Sembrano pertanto più soddisfacenti i seguenti tentativi di conciliazione. In primo luogo si può cancellare il *si*, che facilmente può essere uscito dalla penna di un amanuense frettoloso o anche può essere effetto di correzione volontaria di un ignorante a cui non sembrava perfetto il nesso logico, e quindi spiegare l'intero periodo in modo analogo a quello finale *si possibiles sunt . . . licet non exstiterint*, in guisa che il giureconsulto verrebbe a dire in parentesi: « la condizione sia possibile, anche se non si avveri in fatto » [61]). Ma è preferibile una seconda interpretazione, la

---

possibile » (wenn auch die Bedingung nicht eintrat, nur muss sie moeglich gewesen sein »). *Corpus iuris tradotto in tedesco da una società di giureconsulti*, vol. III, pag. 39, Lipsia 1831. Il traduttore non è certo meritevole di biasimo per questa parafrasi, ma non possono invece essere scusati quegli interpreti i quali non si accorgono della contradizione di queste parole colle parole finali del testo, non meno che con altri principii accolti pure nella compilazione: eppure ciò avviene.

60) Ad h. l. n. VI, *Pandectae Justinianae*, t. II, pag. 191 nota *g*.

61) Il WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 908, tralascia infatti il *si* nel ristampare il testo e probabilmente concepisce la cosa in questo modo. Tuttavia questo può anche facilmente dipendere da semplice svista, perchè egli non fa neppur cenno di una lezione diversa. Nè vi ha del resto per essa un'autorità esteriore. Oltre le edizioni conosciute hanno il *si* le seguenti: Venetiis 1477, Jenson A. 1506, de Tortis, Lugduni 1524; Fr. Fadin, Parisiis 1527; Chevallon, Miraeus ovvero Corp. Augustini, Aloandro, Lugduni apud Hugonem a Porta 1552, Contius, Russardus. Esso trovasi anche nel manoscritto di Gottinga.

quale attribuisce tutto il primo periodo a Q. Mucio, del quale Pomponio commenta l'opera [62]), e che avrebbe avuto l'opinione accolta poi dai Proculiani. Secondo tale concetto le parole *multum autem interest qualis condicio posita fuerit*, etc., appaiono di per sè stesse come una più precisa determinazione del principio sopra esposto, e anche il periodo finale appare in un nesso complessivo molto migliore. Dopo che il giureconsulto ha parlato delle *condiciones in praesentem vel in praeteritum collatae,* viene a parlare di quelle *in futurum collatae* e osserva che o queste sono possibili e in tal caso rompono il testamento precedente, perocchè, anche se non si avverino effettivamente, possono avverarsi, o sono impossibili e lo annullano perchè la nuova disposizione si considera come incondizionata.

Un testo fondamentale sulla forza attribuita al testamento originariamente valido di distruggerne uno precedente anche se la sua validità sia poi impedita da qualche motivo è il § 2 I. *quibus modis test. inf.* 2, 17. Esso è preso dai Commentarii di Gaio II, 144, ma sono tralasciate alcune parole, che poi dovremo pure esaminare.

« Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest, an exstiterit aliquis heres ex eo, an non exstiterit; hoc enim solum spectatur, an aliquo casu exsistere potuerit. Ideoque si quis [63]) aut noluerit heres esse, aut vivo testatore,

---

62) Questa è l'interpretazione seguìta anche dal Maiansio *ad XXX iurisconsultorum fragmenta,* t. I, pag. 242 n. 1, il quale però non trova contraddizione fra il concetto espresso da Quinto Mucio e quello espresso nella fine del testo seguente da Pomponio: « Si subtiliter Q. Mucii sententiam et Pomponii explicationem conferre velimus, nihil differunt », dice egli alla fine della trattazione su questo testo, n. VII, pag. 244. Secondo lui Mucio trattava soltanto delle condizioni possibili, perchè solo queste possono considerarsi vere condizioni, Pomponio invece per spiegare più completamente e più precisamente la cosa si riferisce anche alle condizioni improprie, cioè a quelle *in praesens* o *in praeteritum collatae* e alle impossibili. Questo sarebbe ammissibile se concordasse colle espressioni usate nel testo. Ma stando a queste la rottura del secondo testamento si fa dipendere dal fatto che la condizione appartenga alla categoria delle possibili.

63) In Gaio si trovano a questo punto anche le parole *ex posteriore testamento, quod iure factum est.*

aut post mortem eius, ante quam hereditatem adiret, decesserit [64]), aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit, in his casibus *paterfamilias intestatus moritur :* nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore, et posterius aeque nullas vires habet, cum ex eo nemo heres exstiterit ».

Affinchè il testamento posteriore abbia questa efficacia occorre dunque che esso sia *ex iure perfectum*, che vi sia cioè istituito erede alcuno in modo possibile [65]). Questa determinazione precisa di quando un testamento sia *non perfectum* esclude tutti i dubbii che avrebbero potuto altrimenti nascere sul significato dell'espressione [66]). *Perfectum* è il testamento quando, astraendo da posteriori eventi che ne distruggano l'efficacia, l'erede avrebbe potuto in base ad esso ottenere l'eredità. Gl'impedimenti che qui vengono più particolarmente in considerazione sono già stati enumerati sopra ; di altri, che non riguardano soltanto il testamento posteriore, ma tutte le disposizioni del testatore, per es. il *testamentum irritum factum,* non occorre fare menzione qui. Soltanto a riguardo di un testamento rotto per agnazione di postumo non può tacersi l'osservazione che quando in un

---

64) In Gaio, II, 164 seguono anche le parole *aut per cretionem exclusus fuerit. Cretio* è l'adizione formale dell'eredità fatta entro un termine prescritto dal testatore nel testamento (Gaio, *Inst.* II, 164: « Extraneis heredibus solet cretio dari, i. e. finis deliberandi, ut intra certum tempus vel adeant hereditatem, vel si non adeant, temporis fine summoveantur. Ideo autem cretio appellata est, quia cernere est quasi decernere et constituere ». Confr. Schilling, *Bemerkungen über Röm. Rechtsgeschichte* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 78 seg. Che simile rinuncia non fosse trattata diversamente dall'inadempimento della condizione è cosa che non ha bisogno di spiegazione. Se fosse stato requisito della *cretio* la nomina di un sostituto per il caso di rinuncia, come afferma lo Schweppe, *Roemische Rechtsgeschichte und Rechtsalterthümer* (Storia del diritto romano e antichità giuridiche), § 454 pag. 792, n. 3, l'inadempimento della *cretio* non avrebbe potuto esser indicato come un motivo di nullità del testamento e di apertura della successione intestata, come fa Gaio, II, 144. In fatto poi quell'affermazione non è fondata su alcun argomento, perocchè le fonti parlano prima della *cretio* in generale e in seguito della sostituzione e della specialità della *cretio* nel caso di sostituzione. Vedi Gaio, II, 164-178, Ulpiano, XXII, 27.

65) Similmente si esprime Papiniano in L. 1 Dig. h. t.: « Testamentum . . . ex quo heres exsistere poterit ».

66) Vedi sopra pag. 77, nota 63.

testamento precedente il postumo sia stato tenuto in considerazione in uno posteriore poi sia stato preterito, quel primo è tuttavia rotto dal secondo qualunque sia poi il modo come le cose si attuano. Se il postumo nasce e sopravvive al testatore, egli esclude tutti gli eredi testamentarii, nel caso opposto il diritto dell'erede nominato nel secondo testamento è efficace [67]).

Imperfectum o *non iure factum* è dunque il testamento quando sin da principio o al momento della sua nascita vi sono difetti tali che si oppongono alla sua validità, in altre parole quando non è stato fatto secondo le norme prescritte per la sua confezione. Quali siano i difetti di questa specie non è qui il luogo di trattare minutamente, basterà il rinvio alla trattazione superficiale già fatta in altro luogo di questo titolo [68]) limitandoci qui ad aggiungere solo alcune considerazioni particolari.

I. Se l'erede istituito manca di capacità, il testamento è nullo per intero, quindi non può neppure aver la forza di annullare un testamento precedente. Gaio, II, 144 enumera fra i casi di rottura del primo testamento, non ostante che l'erede istituito nel secondo testamento non riceva l'eredità, quello che l'erede *propter caelibatum ex lege Iulia summotus fuerit ab hereditate*. È difficile ammettere che Gaio pensasse al caso certo non frequente in cui alcuno fosse divenuto celibe per lo scioglimento del matrimonio dopo fatto il testamento, nè avrebbe certamente in tale ipotesi potuto esprimersi in termini così generali, « se ad alcuno sia tolto il diritto d'eredità per cagione del celibato in base alla legge Giulia ». Questo testo conferma adunque la differenza insegnata particolarmente nei tempi moderni fra capacità di succedere e *ius capiendi* e la conseguenza che ne deriva, che per quest'ultimo si deve guardare soltanto al momento della delazione dell'eredità [69]), dalla esistenza della capacità

---

67) L. 12 pr. Dig. h. t. 28, 3. Vedi infra § 1432.

68) Vedi sopra § 1426 pag. 77 seg. n.° I.

69) Vedi G. Mueller, *Ueber die Natur der Schenkung auf Todesfall* (Sulla natura della donazione a causa di morte), Giessen 1827, § 31. Questa differenza è ammessa e dichiarata produttiva di effetti, ma è negata invece la conseguenza sopra espressa e così tolto in sostanza il significato pratico della differenza nella dissertazione dello Schroeter, *Sulla mortis causa donatio*

di succedere non deriva sempre la capacità dell'onorato di acquistare veramente ciò che gli è stato lasciato nel testamento. Così, di quello che non può per indegnità acquistare nulla in base ad un testamento di un determinato testatore è detto *capere non potest ex testamento* [70]), ma non per questo gli si può negare la capacità di succedere [71]). È solo per la vera e propria capacità di succedere, la così detta *testamenti factio passiva*, che bisogna guardare al tempo della confezione del testamento [72]). Per sapere invece se alcuno si debba o no considerare degno è decisivo il momento della delazione dell'eredità [73]) e talvolta anche un momento posteriore [74]). Ora,

---

nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile), vol. II, diss. IV, pag. 120 seg. Vedi in senso contrario Hasse nel *Rheinisches Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. III, pag. 411-415, dove si trovano osservazioni molto apprezzabili sull'argomento. Un esame più minuto di questi concetti avremo occasione di fare nel *Commentario* al titolo V *de heredibus instituendis*. Ciò che abbiamo detto qui basta soltanto per la migliore intelligenza del testo di Gaio, nel quale la distinzione ha un così solido fondamento.

70) L. 128 Dig. *de legatis*, I, 30.

71) Vedi Mueller, loc. cit., pag. 85 seg. Secondo una giusta osservazione del Hasse, loc. cit., pag. 143, *capere non posse* non ha lo stesso significato a proposito dell'indegnità che a proposito dei casi d'incapacità della *lex Julia*. Tuttavia ciò può significare soltanto che i motivi d'indegnità e quelli d'incapacità sono diversi onde vi ha in particolare una grave differenza sul punto a chi spetti ciò che non può ricevere l'incapace o l'indegno. Nel resto vi ha una concordia essenziale di concetti; la legge o ciò che ad essa equivale toglie ad una persona capace di succedere la sua quota d'eredità o un legato a titolo di pena, prendendo questa parola in un significato molto generale. Oltre di che con la massima probabilità si deve considerare come fonte anche dell'indegnità la legge *Julia et Papia Poppaea*. Confr. Einеccio, *Comm. ad legem Juliam et Papiam Poppaeam*, lib. III, cap. VII, pag. 415 seg. Così è che i giureconsulti romani trattavano nei *Commentarii* a questa legge anche dei casi d'indegnità (L. 9, 10 Dig. *de his quae ut ind. aufer.*, 34, 9, e si può anche facilmente provare che l'espressione *capere posse* o *non posse* sia propria della *lex Julia*. Vedi per esempio Gaio, II, 111, 286. — Ulpiano, XV-XVII, e i testi citati dal Brissonio, *De verb. sign.*, v. *capere*, § 8.

72) L. 49 § 1 Dig. *de her. inst.*, 28, 5.

73) Confr. L. 9 pr. § 1 Dig. *de his quae ut indignis*, 34, 9 e L. 4 Dig. *de adim. legatis* 34, 4.

74) Vedi per esempio L. 13 § 9 Dig. *de iure fisci*, 49, 14: « Quasi indigni repelluntur... qui de inofficioso egerunt vel falsum dixerunt testamentum ».

poichè al celibe non è mai negata la capacità di succedere, ma solo è detto *caelibes per legem Iuliam hereditates legataque capere prohibentur* [75]), anche qui è il caso di applicare quella differenza, la quale del resto appare così naturale e per sè stessa e per lo scopo delle leggi limitative soltanto del *ius capiendi* che non si capisce come sia stato possibile dimenticarla tanto spesso, se non forse fino a un certo punto per la poca importanza pratica di essa nel diritto nuovo e per la circostanza che nelle nostre fonti giuridiche anche la testamentifazione passiva è indicata talvolta coll'espressione *capere posse* [76]). Così anche Gaio poteva benissimo enumerare fra i motivi che impediscono l'efficacia di un testamento valido anche la perdita del diritto di ricevere l'eredità per celibato; il primo testamento è rotto anche coll'istituzione di un celibe, ma se questo alla morte del testatore è ancora celibe nè appartiene alle persone *exceptae*, egli è escluso dalla successione alla pari dell'erede istituito nel primo testamento [77]).

II. Il testamento deve essere perfetto anche nel riguardo delle solennità esteriori. A questo punto si riferisce il seguente passo di Ulpiano, *libro II ad Sabinum:*

« Tunc autem prius testamentum rumpitur, *quum posterius rite perfectum est*, nisi forte posterius vel iure militari sit factum vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest, tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur » [79]).

---

75) Gaio, II, 111, 286.

76) § 4 I. *de hered. qual. et differ.* 2, 19: « *Testamenti* autem *factionem* non solum is *habere videtur*, qui testamentum facere potest, sed etiam, *qui ex alieno testamento — capere potest* ».

77) Non può fare ostacolo il fatto che Gaio dica che in questo caso si apre la successione intestata. Questo non era il caso pel testamento divenuto inefficace pel celibato dell'erede, perocchè la parte caduca o andava all'erario o si accresceva sotto certe condizioni agli altri onorati dallo stesso testatore. Vedi Ulpiano, XVII. Quello che importava però era sopratutto di determinare i casi nei quali un testamento inefficace aveva forza di romperne uno fatto prima. In tali casi si faceva luogo regolarmente alla successione intestata; singole cause poteano ancora produrre effetti speciali, ma la trattazione di esse stava fuori del campo dello studio presente del giureconsulto.

79) L. 2 Dig. h. t. 28, 3.

Al principio, che soltanto un testamento fatto colle volute solennità, *rite*[80]), abbia *vim rumpendi*, il nostro testo fa due eccezioni, una prima pel testamento fatto *iure militari*, una seconda pel testamento fatto a favore degli eredi intestati, in altre parole, come noi diremmo, il primo testamento è annullato anche da un testamento in forma privilegiata, salvo che vi siano speciali limitazioni su questo riguardo, come pel *testamentum parentum inter liberos*[81]). Questi casi però non possono considerarsi vere eccezioni alla regola che solo un secondo testamento possa distruggere il primo, per la ragione che il testamento privilegiato vale come un testamento perfetto e per ciò esso non può avere minori effetti dei testamenti ordinarii[82]), onde anche il *testamentum tempore pestis conditum*[83]) e il *testamentum ruri conditum*[84]) hanno la medesima efficacia.

Per ciò che riguarda la seconda eccezione fatta da Ulpiano, essa suppone che nel primo testamento perfetto siano stati preteriti gli eredi legittimi, nel secondo siano stati istituiti[85]). Secondo una costituzione dell'imperatore Teodosio II però si richiede anche che il seguente testamento sia fatto davanti a cinque testimoni giurati[86]). Nel codice di Giustiniano il testo suona così:

« Si quis testamento iure perfecto postea ad aliud venerit testamentum, non alias, quod ante factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator instituit, iure fuerit consummatum, nisi forte in priore testamento scriptis his, *qui ab inte-*

---

80) In un'aggiunta dell' Eineccio, *ad Brissonium de verb. sign.*, v. *rite*, tratta però dal Cuiacio, è detto: « Rite et recte sic differunt. Rite solennia et ritus respicit, recte aequitatem seu causam (noi diremmo il diritto materiale). Itaque miles iure militari recte testatus non autem rite ».

81) Nov. 107 cap. 1 Auth. *hoc inter liberos*, Cod. *de test.*, 6, 23. Vedi sopra pag. 194, nota 35.

82) Vinnius ad § 7 Inst. *quib. mod. test. infirm.*, num. 5. — Aug. Fr. Schott, *De posteriore test. imperfecto prius perfectum non rumpente*, cap. VII (opuscul. pag. 71 seg.).

83) L. 8 C. *de testam.*, 6, 23. Vedi § 1485.

84) L. ult. C. *de testam.* 6, 23. Maggiori particolari sui testamenti privilegiati vedansi al § 1484.

85) « . . . vel in eo scriptus est, *qui ab intestato venire potest* ». L. 2 D. h. t.

86) *Novellae Theodosii II*, tit. XVI, § 7 (*Ius civile anteiustin. ed. Berol.*, parte II, pag. 1252 seg.).

testato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant, in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur; eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento, secundam eius voluntatem non quasi testamentum, sed *quasi voluntatem ultimam intestati* valere sancimus. In qua voluntate *quinque testium iuratorum depositiones* sufficiunt; quo non facto, valebit primum testamentum, *licet in eo scripti videantur extranei* » [87]).

È del tutto priva di fondamento l'affermazione di alcuni scrittori che il testo delle Pandette (L. 2 Dig. h. t.) sia interpolato con riguardo a questa costituzione, in particolare cioè che le parole *vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest* siano un emblema dei compilatori [88]). Collo stesso diritto si potrebbero ritenere interpolati altri testi nei quali è riferito l'antico diritto con aggiunte e determinazioni più precise. Per ciò che riguarda questo antico diritto è fuor di dubbio in primo luogo che per *testamentum quod rite non est perfectum* s'intendeva un testamento munito solo del suggello dei sette testimoni, in altre parole un testamento mancante delle solennità del diritto civile in base al quale però il pretore accordava una *bonorum possessio secundum tabulas* [89]). ULPIANO dice che anche un testamento sì fatto rompeva eccezionalmente un testamento precedente fatto secondo le forme civili, quando in esso fossero istituiti gli eredi intestati prossimi. Per regola un testamento *iure factum*, cioè un testamento civile, poteva esser distrutto soltanto da un testamento fatto nella stessa forma, nè bastava per la *ruptio* che il pretore potesse dare una *bonorum possessio secundum tabulas* in base al secondo testamento (vedi infra nota 97): se così non fosse stato anche il testamento con sette suggelli nel quale fossero stati preteriti gli eredi necessarri avrebbe rotto un testamento precedente perchè per ottenere la *bonorum possessio* non si richiedeva altro che l'adem-

---

87) L. 21 § 5 Cod. *de test.* 6, 23.

88) Vedi sopra pag. 533 nota 11 del volume precedente dove sono nominati alcuni dei principali difensori di questa opinione, come ACCURSIO, Antonio FABRO, Ugo GROZIO.

89) Cfr. GAIO, II, 119, 120, 147. Vedi pag. 528 seg. del volume precedente.

pimento di quella forma e la capacità del testatore [90]). In una parola, chiunque potesse invocare un tale testamento a suo favore otteneva una *bonorum possessio,* ma questa era *cum re* solo quando non vi fosse alcuno che potesse contrastargli il diritto di eredità [91]). Nel caso di collisione fra un *testamentum prius perfectum* e un *posterius imperfectum*, nel senso sopra indicato, il primo era preferito, vale a dire la *bonorum possessio* dell'erede istituito nel secondo testamento era *sine re* [92]). Su ciò si esprime GAIO II 148, 149, molto chiaramente nel seguente modo:

« Qui secundum tabulas testamenti, quae... statim ab initio non iure factae sint... bonorum possessionem accipiunt..., si... ab iis avocari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. *Nam si quis heres iure civili institutus sit, vel ex primo, vel ex posteriore testamento,* (vel ab intestato iure legitimo heres sit), *is potest ab iis hereditatem avocare* » [93]).

---

90) Confr. GAIO, II, 119, 147. L. 7 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. Cfr. L. 1 § 8 Dig. *eodem.*

91) La *bonorum possessio* è *sine re* quando alcuno può validamente pretendere l'eredità per diritto civile (*iure civili evincere hereditatem,* dice ULPIANO, XXVIII, § ult.), *cum re* quando il *bonorum possessor* può respingere la petizione d'eredità mediante l'*exceptio doli.* GAIO, II, 120: « Rescripto Imp. Antonini significatur, eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierit, *posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali* ». Viceversa l'erede intestato si può difendere dalle pretese dell'erede testamentario mediante l'*exceptio doli* quando il suo diritto sia riconosciuto come il più forte. L. 11 § 2 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11; L. 1 § 8 in f. Dig. *si tab. test. nullae*, 38, 6, L. 4 § 10 Dig. *de doli mali except.*, 44, 4.

92) Confr. FOERSTER, *De bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum,* Pars II, § 129, pag. 394.

93) Le parole chiuse fra parentesi sembrano a prima vista contradire al § 120 dove il giureconsulto riferisce che secondo un rescritto dell'imperatore ANTONINO il *bonorum possessor secundum tabulas* sia preferito agli eredi intestati (vedi nota 95). Si potrebbe per ciò essere inclinati a credere che GAIO esponga nel § 149 soltanto il diritto antico, tanto più che nel manoscritto segue una lacuna, nella quale avrebbe potuto essere spiegato come dopo il rescritto dell'imperatore ANTONINO spettava l'*exceptio doli* a chiunque avesse a suo favore un testamento valido secondo il diritto pretorio. Però quelle parole (*vel ab intestato iure legitimo heres sit*) si riferiscono indubbiamente al diritto vigente ancora al tempo di GAIO. Il rescritto non pospone il *bon. pos-*

Che poi questo fosse ancora il diritto vigente al tempo di Ulpiano appare chiaramente dal testo, secondo il quale il *posterius testamentum imperfectum* fatto a favore degli eredi intestati distrugge il primo testamento *iure factum* (L. 2 Dig. h. t.)[94]). Sul motivo di questo principio singolare non tutti sono d'accordo. Certo la spiegazione più facile non solo, ma anche la più esatta consiste nel ritrovare la fonte principale di esso nel favore per gli eredi intestati[95]). L'essere una *bonorum possessio cum re* o *sine re* dipendeva non solo dall'osservanza dei principii rigorosi del diritto civile, ma principalmente invece dal riguardo ai rapporti naturali di famiglia e di parentela. Su questo si fondava per la massima parte dei casi la *bonorum possessio intestati* ed era certo cosa più che naturale che non si applicassero con soverchio rigore i principii del diritto civile a quegli eredi a cui favore stava la volontà della legge e quella del testatore[96]). Certamente non bastava la nuda volontà del testatore

---

sessor secundum tabulas agli eredi intestati, in modo assoluto, ma solo pel caso che il testamento non manchi della forma prescritta dal diritto civile, quindi quando non vi sia violazione dei diritti di successione necessaria (Francke, *Notherbenrecht* (Diritto degli eredi necessarii), § 9, pag. 117 e pagina 528 del vol. prec. seg.); per ciò la preferenza che il § 149 dà in modo generale all'erede civile intestato di fronte al *bonorum possessor secundum tabulas* fu semplicemente modificata dal rescritto di Antonino, non già abolita, e di questa modificazione trattava senza dubbio la fine del testo.

94) Si è citata anche a questo proposito la L. 12 pr. in fine, dove Ulpiano dice: « Idem et circa *iniustum* et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit *ei, qui rem ab intestato auferre possit* ». Ma questo testo è collegato col diritto speciale degli eredi intestati istituiti. Di esso però tratteremo al § 1432.

95) Vedi Marano, *Paratitla ad Pand.*, tit. *de bon. poss. contra tabulas*, Tolosae 1667, pag. 695. — Bynkershoek, *Observationes iuris Romani*, lib. II, cap. 2 in f.

96) Riposa sugli stessi motivi, sebbene non abbia un'applicazione così larga come nel *testamentum posterius imperfectum*, la regola secondo la quale il S. C. Liboniano non si applica contro il figlio del testatore, dandosi a questo una *bonorum possessio secundum tabulas* anche quando egli abbia scritto da sè la propria istituzione. L. 1 Cod. *de his qui sibi adscribunt in testam.*, 9, 23: « Imp. Antonin. (212). Quamquam ita interpretantur iurisperiti ut contra legem Corneliam videatur se scribere heredem emancipatus filius patre dictante, tamen *si, cum testamentum non esset scriptum, iustus successor futurus esset accepta bonorum possessione filius* patri, perinde habebitur, atque si sua manu pater tuus te heredem scripsisset, functus dulci officio ».

di non voler più far valere il testamento, perchè gli eredi intestati potessero opporre l'*exceptio doli* agli eredi testamentari (vedi sopra al paragrafo 1429), ma se essi avevano anche a loro favore un testamento in base al quale il pretore avrebbe dato la *bonorum possessio* non c'era che un passo da fare per dichiarare questa *bonorum possessio cum re*, nel qual caso esso avrebbe avuto gli stessi effetti che un secondo testamento valido secondo il diritto civile, quello cioè di distruggere il primo testamento, ed è per ciò che ULPIANO deve considerare questo caso come un'eccezione alla regola che solo un *posterius testamentum perfectum* ha *vim rumpendi* [97]. Con ciò si spiega anche nel modo più facile perchè il più delle volte sia detto in modo generale che gli eredi intestati, quando abbiano a loro favore la volontà del testatore, hanno l'*exceptio doli* oppure che essi hanno la *res*, cioè la *bonorum possessio* efficace [98]; non era dunque necessario che questa volontà fosse manifestata in modo valido secondo il diritto civile, bastava che essa fosse protetta dal pretore.

A questo diritto si riannoda la costituzione dell'imperatore VALENTINIANO II. Se a quel tempo il testamento pretorio non poteva ancora dirsi veramente abolito [99], si erano tuttavia avverati nel frattempo dei cambiamenti coi quali il privilegio degli eredi intestati

---

97) Vedi pag. 531 del vol. precedente. Ma, come fu già osservato, questa eccezione deve limitarsi a questo caso e ai testamenti così detti privilegiati. Danno per ciò prova d'ignorare il vero significato della *bonorum possessio secundum tabulas* coloro che esprimono come regola generale, bastare per la revoca del primo testamento che il secondo sia tale che in base ad esso possa domandarsi la *bonorum possessio*. SCHWEPPE, *Roemisches Privatrecht* (Il diritto privato romano nella sua applicazione attuale), vol. V, § 870, pag. 239 ediz. MEIER.

98) Per esempio L. 4 § 10 Dig. *de doli mali exc.*, 44, 4, L. 1 § 8 Dig. *si tab. test. nullae ext.*, 38, 6. Vedi sopra al paragrafo 1429; PAOLO, *Rec. Sent.*, IV, 8, 2 e *Lex Dei sive Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, XVI, cap. 3: « Sane iure praetorio factum testamentum obiecta doli exceptione obtinebit ». Vedi pag. 279 del vol. I di questo libro del *Commentario*. Non si deve dimenticare che in questo titolo si tratta della successione intestata.

99) Già da lungo tempo innanzi non bastavano più i soli sette suggelli. ULPIANO e PAOLO parlano già della necessità dell'aggiunta del nome fatto di propria mano dai testimoni accanto ai suggelli dopo aver dichiarato di chi sia il testamento suggellato. L. 22 § 4, 30 D. *qui test. fac. poss.*, 28, 1. Ma su ciò, come sull'osservazione fatta nel testo sulla durata del testamento

non poteva più conciliarsi. Un rescritto dell'imperatore Gordiano dell'anno 243 aveva deciso che sebbene per l'editto pretorio non si potesse dare la *bonorum possessio secundum tabulas* se non in forza di un testamento chiuso coi suggelli di sette testimoni, se però si potesse provare che il testamento era stato fatto oralmente davanti ai testimoni questo avrebbe avuto la forza di un testamento civile e per ciò avrebbe dovuto riconoscersi anche agli eredi il diritto alla *bonorum possessio secundum tabulas*: « iure civili testamentum factum videri, ac secundum nuncupationem bonorum possessionem deferri explorati iuris est » [100]). Che anche in base a un testamento noncupativo si concedesse già ai tempi dei giureconsulti classici una *bonorum possessio* è cosa non soggetta a dubbio [1]). Per un solo caso era nato il dubbio, come apprendiamo appunto da quel rescritto, e ciò per il motivo che l'editto parlava soltanto di testamento suggellato dai testimoni, cioè di testamento scritto. Gordiano dichiara questo dubbio infondato per la ragione che un testamento siffatto vale come un testamento civile e in base ad esso può essere concessa una *bonorum possessio* [2]): l'affermazione finale poi che questo era diritto ricevuto, ci autorizza a credere che non fosse invenzione di Gordiano. Neppure si può qui pensare a una congiunzione del rito della mancipazione coll'atto del testare oralmente in un modo analogo a quello che avveniva nei primi testamenti per mancipazione [3]), perocchè per tutto ciò che noi sappiamo dei testamenti per mancipazione in uso durante l'impero, essi richiedevano un documento scritto (*tabulae testamenti*) [4]). In una parola il *palam nuncupare he-*

---

pretorio, rimandiamo alla trattazione già fatta nel 1412 *b* del *Commentario* e agli autori ivi citati, in ispecie al Savigny, *Beitrag zur Geschichte der Roem. Test.* (Contributo alla storia dei testamenti romani) nella *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica), vol. I diss. V, e anche al Dernburg, *Beitraege, etc.* (Contributi alla storia dei testamenti romani), § 29, 30.

100) L. 2 Cod. *de bon. poss. sec. tab.*, 6, 11.

1) L. 8 § 4 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11 di Giuliano. Confr. Koch, *Bon. possessio*, pag 240 seg.

2) L. 1 in f. Cod. *quorum bonorum*, 8, 2.

3) Gaio, II, 102.

4) Gaio, II, 103. Ulpiano, XX, 9. Confr. Teofilo, *Paraphrasis Inst.*, tit. *de test. ord.*, 2, 10, fr. 1 in f.

redem [5]) equivaleva a un testamento fatto *iure civili* [6]), mentre invece il testamento scritto al quale non mancasse altro che la forma della mancipazione era un testamento imperfetto: quello pertanto rompeva per regola il testamento precedente, questo lo rompeva solo in alcuni casi eccezionali. Ma, anche senza che vi siano testimonianze esplicite in proposito, è da credere che una differenza, la quale poteva essere riconosciuta soltanto da segni privi del tutto di significato, dovesse sparire a poco a poco e che nessuno vi facesse più caso quando divennero sempre più frequenti i testamenti scritti colle formalità che troviamo poi prescritte nelle leggi posteriori [7]). Di ciò però non è più possibile dubitare pel tempo in cui divenne dominante l'opinione che nessun testamento potesse valere altrimenti che se i testimoni ne conoscessero il contenuto [8]), perchè d'allora in poi non era neppur qui possibile distinguere un *testamentum iure factum* da un *testamentum imperfectum*, nel senso in che queste due espressioni s'intendono qui. Si ammetta dunque o no che TEODOSIO nella citata Novella avesse abolito completamente il testamento per mancipazione [9]), certo è in ogni caso che egli dichiarò perfetto il testamento firmato e sigillato dal testatore, o in sua vece da un ottavo testimone, oltre che dai sette testimoni. *Non subscriptum testamentum a testibus atque signatum*, egli dice nel § 5 della Novella, *pro imperfecto haberi convenit*. Nel § 6 in seguito egli dice come dev'esser fatto un testamento nuncupativo e nel § 7 soggiunge che un tale testamento fatto validamente *iure perfecto* può essere distrutto soltanto da un testamento egualmente perfetto, salvo che nel seguente siano istituiti gli eredi intestati [10]). Così si spiega anche pienamente come

---

5) L. 21 pr. D. *qui test. fac. poss.*, 28, 1.

6) Confr. SAVIGNY, *Rivista di giur. storica* cit., vol. I, pag. 91. — SCHILLING, *Rechtsgeschichtliche Bemerkungen* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 376.

7) Confr. il vol. I di questo libro del *Commentario*, pag. 288 seg.

8) Così deve essere intesa la dichiarazione di TEODOSIO II nella Novella *de testamentis* dell'anno 439, § 1 (*Ius civile anteiustin.*, tit. XVI). Vedi SAVIGNY, loc. cit., pag. 87 e pag. 255, 273 del vol. XXXIV del *Commentario*, edizione tedesca.

9) V. pag. 285 seg. del Vol. I di questo libro del *Commentario*.

10) Nel codice di Giustiniano L. 21 § 3 *de test.*, 6, 23 è enumerato fra le eccezioni anche il *testamentum parentum inter liberos*.

l'imperatore giungesse a far menzione qui di questo privilegio e a prescrivere per esso una forma particolare. Egli considera qui tutto il diritto formale testamentario vigente e i concetti, che si erano formati sotto l'influenza dell'antico diritto, appaiono in questa sua legge nuovamente determinati in modo conveniente per la loro applicazione alle nuove forme e ai nuovi principii. Alla lettera valeva ancora il diritto antico secondo il quale un secondo testamento imperfetto serviva a distruggere il primo perfetto solo quando in esso fossero istituiti gli eredi intestati. Ma qual significato poteva avere ancora questo diritto dopo che il testamento pretorio era divenuto un testamento formale riconosciuto come testamento perfetto? Sia che questo principio venga riconosciuto per la prima volta nella costituzione di Teodosio II o sia che, cosa più probabile, esso venga qui semplicemente ammesso come diritto già vigente, in un caso e nell'altro, se voleva mantenersi ancora quell'antico privilegio, avrebbero ormai dovuto determinarsi in un modo diverso i caratteri di simile *testamentum imperfectum*. La cosa più conveniente era di adattare ad essa le forme del nuovo istituto del codicillo. Com'è noto queste forme sono determinate da una costituzione dell'imperatore Costantino dell'anno 326 il quale dispose che per ogni codicillo come per ogni testamento fossero necessarii cinque o sette testimoni [11]), in altre parole che si seguisse la forma civile della mancipazione o quella del testamento pretorio [12]). In ogni caso quest'ultimo fu riconosciuto valido come codicillo e quindi un testamento *non iure factum*, in base al quale però si potesse dare la *bonorum possessio*, ebbe sempre valore almeno di codicillo. Più tardi Teodosio II prescrisse pei codicilli i cinque testimoni, senza necessità, ben inteso, della mancipazione (anno 424). Nel Codice teodosiano manca il passo della costituzione che a ciò si riferisce [13]); esso trovasi invece nel Codice giustinianeo [14]). Da ciò non si deve concludere però che il passo che si riferisce ai cinque testimoni sia stato aggiunto

---

11) L. 1 Th. Cod. *de test. et codicillis*, 4, 4.

12) Savigny, *Beitrag, etc.* (Contributo alla storia dei testamenti romani), nella citata *Zeitschrift, etc.* (Rivista di giurisprudenza storica), vol. I, p. 83 seg.

13) La costituzione è la L. 7 Th. Cod. *de test. et cod.*, 4, 4.

14) Come L. ult. § 3 Cod. *de codicillis*, 6, 36.

da GIUSTINIANO, perchè nell'Interpretazione dei Visigoti a questa legge è detto espressamente che l'ultima parte ne è stata tralasciata [15]). Però senza qualche mutamento o senza tralasciare qualche cosa il testo non deve essere stato accolto nel Codice di GIUSTINIANO e forse l'imperatore chiamava qui il testamento fatto davanti a cinque testimoni *imperfectum*, e quello fatto davanti a sette *perfectum* [16]). Comunque sia, sembra che fosse cosa logica e conveniente sostituire all'antico concetto di *testamentum imperfectum* ormai divenuto una formula vuota quello di disposizione di ultima volontà fatta nella forma codicillare, perocchè questo è ormai il vero *testamentum imperfectum* del diritto nuovo, tanto per la sostanza quanto per la forma.

I moderni chiamano simile testamento *testamentum posterius imperfectum*, ma questa denominazione deve considerarsi qui come una abbreviazione della più lunga descrizione che sarebbe necessaria, perocchè essa alla lettera si adatterebbe a tutti i testamenti privilegiati. Non mancano però scrittori i quali vogliono adattare questo nome ai soli testamenti posteriori fatti a vantaggio degli eredi intestati, perchè a questi soli esso si adatta nella costituzione di TEODOSIO [17]). Si potrebbe in contrario invocare ULPIANO, il quale nella L. 2 Dig. h. t. contrappone al *testamentum perfectum* il testamento fatto *iure militari* [18]). Se questa non fosse che una semplice questione di formule sarebbe il caso di non occuparsene, ma egli è che da essa derivano anche delle conseguenze. È opinione molto comune infatti

---

15) Vedi in ispecial modo WENCK nella sua edizione dei cinque primi libri del Codice teodosiano ad h. l. nota *m*, pag. 210.

16) Per lo meno, nella novella *de testamentis* dell'anno 439 non è detto che i concetti di testamento perfetto e testamento imperfetto fossero così precisi, ma essi sono applicati in modo come se già da lungo tempo fossero concetti fissi.

17) Così l'ALTNER, *Dissertatio de testamento posteriore imperfecto prius perfectum haud infirmante*, Erfordiae 1723, § 24, dove dice: « Unicus datur casus, ubi imperfectum et alias ratione solemnitatum penitus nullum testamentum prius perfectum infirmare potest ». A me non è riuscito invece di vedere la dissertazione sullo stesso argomento, pubblicata ugualmente in Erfurt alcuni anni più tardi, nel 1735, da T. G. REINHART.

18) In simil modo anche GIUSTINIANO chiama *testamentum imperfectum* il testamento *parentum inter liberos* nella L. 21 § 3 Cod. *de test.*, 6, 23.

che una tale disposizione non sia da considerare un vero testamento alla pari degli altri testamenti privilegiati, ma soltanto un codicillo *ab intestato* [19]). Questa opinione sembra giustificata dalle parole della costituzione:

« Eo enim casu, licet imperfecta videatur scriptura posterior, infirmato priore testamento secundam eius voluntatem *non quasi testamentum, sed quasi voluntatem intestati valere* censemus » [20]),

anzi ne resta provata in modo inconfutabile quando si prendano le parole nel loro senso grammaticale e senza riguardo alla connessione tra la legge e il diritto precedente. Tuttavia meritano qualche considerazione le seguenti osservazioni in contrario. Nel diritto antico s'intende per *testamentum imperfectum* capace di rompere il precedente, quando contenga l'istituzione degli eredi intestati, il testamento fatto nella forma pretoria. Simile testamento aveva tutti gli effetti di un testamento completo, salvo che non poteva rompere il precedente testamento civile. Quest'ultimo effetto gli era attribuito quando esso fosse fatto a favore degli eredi intestati, ma nessuno sosterrà per ciò che esso avesse in tutti gli altri riguardi gli effetti di un codicillo *ab intestato*. La disposizione dell'imperatore Teodosio pertanto, essendo una disposizione semplicemente correttiva, deve nel dubbio intendersi nel senso meno lontano dal diritto precedente. L'intenzione del legislatore era di mantenere in vigore o meglio di rinnovare un diritto particolare che nel corso del tempo aveva perso il suo significato. Ma poichè ogni codicillo *ab intestato* deve in certo modo riguardarsi come l'istituzione degli eredi intestati [21]), egli applica qui la forma vigente pei codicilli stabilendo che una simile disposizione valga non come un testamento, ma come un codicillo. Riferire queste parole anche agli effetti, cioè ammettere che con

---

19) Vedi Donello, *Commentarii iuris civilis*, lib. VI, cap. 16 § 12. — Brunnemann, *Comm.* ad L. 21 Cod. *de test.*, 6, 23. — Struvio, *Syntagma iuris civilis*, exerc. XXXII, th. 41. — Altner, loc. cit. — G. L. Boehmer, prefazione al quinto libro delle *Exercitationes ad Pandectas* del padre di lui, § 15 nota *m.* — Hoepfner, *Commentario delle Istituzioni*, § 463 nota 1.

20) Nov. cit. § 7, o L. 21 § 5 Cod. *de testam.*, 6, 23.

21) L. 3 pr. D. *de iure codicillorum*, 29, 7. L. 16 in f. *eodem*: « intestato paterfamilias mortuo . . . codicilli . . . vicem testamenti exhibent ».

esse si attribuisca a simile testamento oltre la *vis rumpendi* anche il valore del codicillo *ab intestato* in generale, è cosa che non si concilia collo scopo della legge; meglio è riferire questa semplicemente alla forma. L'imperatore dice: la disposizione non vale come testamento formale, perchè occorrerebbero per ciò i sette testimoni, essa vale come un codicillo intestato perchè per questo ne occorrono solo cinque.

In tutto questo però non si deve vedere una semplice questione di parole. Vi sono invece queste notevoli differenze: *a*) in primo luogo è certo che in questo testamento non potevano aver luogo diseredazioni, perchè condizione fondamentale della sua validità era che fossero istituiti in esso tutti coloro che sarebbero stati chiamati alla successione intestata in mancanza di testamento, non alcuni soltanto di essi; *b*) in secondo luogo anche l'erede intestato deve adempiere i legati impostigli in un semplice codicillo [22]); *c*) infine, anche sotto gli altri riguardi l'erede intestato quando acquista l'eredità è indubbiamente parificato del tutto al testamentario per i diritti e per gli obblighi. Vi sono però alcune disposizioni oltre la diseredazione che possono farsi soltanto in un testamento vero e proprio o in un condicillo confermato, come per esempio le sostituzioni pupillari, le nomine di tutori, le manomissioni dirette [23]). Chi aderisce all'opinione comune non può dunque ritenere per valide simili disposizioni [24]); secondo l'opinione da noi difesa invece esse dovrebbero esser valide [25]). Il testatore può anche indubbiamente

---

[22]) L. 3 pr. L. 8 § 1 D. *de iure cod.*, 29, 7.

[23]) Le prime richiedono sempre per valere come sostituzioni dirette l'esistenza di un vero testamento (§ 5 I. *de pup. subst.*, confr. L. 76 D. *ad S. C. Treb.*, 36, 1); le due ultime possono farsi validamente anche in codicilli confermati. L. 3 pr. D. *de test. tutela*, 26, 2, L. 43 Dig. *de man. test.*, 40, 4.

[24]) Brunnemann, loc. cit., n. 5.

[25]) Per poter applicare questo diritto anche oggi bisognerebbe sempre supporre che un padre avesse in un primo testamento diseredato *bona mente* i suoi figli minori e li avesse poi istituiti in un testamento posteriore. Così l'importanza pratica di questa questione non è certamente grande, anche perchè altre differenze fra la successione testamentaria e la successione intestata, come ad esempio la diversa efficacia della rinuncia, si applicano alle disposizioni codicillari non meno che alle vere istituzioni d'erede. Vedi per esempio L. 4 § 2 Dig. *si quis omissa causa test. ab int. poss. her.*, 29, 4.

lasciare ai singoli eredi intestati quote diverse; e per quanto questa si chiami una divisione dell'eredità fra gli eredi intestati [26]) gli eredi ricevono la quota loro attribuita in forza di una disposizione testamentaria e sono per ciò veri eredi testamentarii [27]). Certamente non è più tanto facile distinguere l'istituzione degli eredi intestati dal codicillo *ab intestato*, dopo che sono state abolite tutte le formalità dell'istituzione d'erede ed è stato stabilito il principio *in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, si modo per eam liquebit voluntatis intentio* [28]). In antico occorreva dichiarare in modo preciso che s'istituivano eredi gli eredi intestati [29]); qualunque istituzione indiretta non poteva valere che come codicillo, come se, per es., il testatore dicesse: io non voglio togliere ai miei prossimi parenti i diritti che la legge loro concede sulla mia eredità, ma aspetto da loro che adempiranno fedelmente i seguenti oneri. Oggi anche una simile disposizione può valere come istituzione di erede. Ma su ciò non può darsi una regola generale. Deve guardarsi sopra tutto alla volontà del testatore [30]) e per conoscere questa può tenersi conto

---

26) Vedi A. F. Schott, *Commentatio de posteriore testamento imperfecto prius perfectum non rumpente*, cap. VII, pag. 65, 66 degli opuscoli. A ragione egli si pronuncia contro quelli che ritengono il testamento posteriore imperfetto un semplice codicillo, ma quando poi egli stesso lo definisce « distributio quaedam hereditaria inter heredes ab intestato successuros a testatore facta », giustamente si può domandare in che cosa una simile distribuzione differisca dalla istituzione vera e propria degli eredi intestati. Vedi su ciò la trattazione che segue nel testo.

27) Al padre, e forse anche ad altri testatori, era bensì concesso di poter distribuire la propria eredità mediante codicilli nei quali gli eredi erano considerati come successori intestati (L. 20 § 3, L. 33, L. 39 § 1, § 5 Dig. *fam. erc.*, 10, 2); nel diritto nuovo però la vera istituzione di erede si distingueva dalla distribuzione dell'eredità fra gli eredi intestati soltanto nella *divisio parentum inter liberos*, perocchè questa non era per la sua forma nè codicillo nè *testamentum parentum inter liberos*. Vedi Nov. 18 cap. 7, Nov. 107 cap. 3.

28) L. 15 C. *de testamentis*, 6, 23 (dell'anno 339).

29) Gaio, *Inst.*, II, 116, 117. — Ulpiani, *Fragm.*, tit. XXI.

30) L. 1 D. *de iure codicillor.* 29, 7: « Saepissime rescriptum et constitutum est, eum qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse; ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis poterit valere, tamen non debetur ».

anche delle espressioni usate [30 a]). Se queste non dichiarano in modo preciso chi debba essere erede la disposizione non può mai valere come istituzione diretta. Così anche oggi la disposizione « incarico il mio erede, chiunque esso sia, ecc. » [31]) si dovrebbe considerare coi giureconsulti classici un codicillo. Ma se invece alcuno disponesse: « i miei eredi prossimi dovranno dividersi la mia eredità in modo che la mia sorella o i figli di lei abbiano due terzi, i figli del mio fratello predefunto un terzo », questa disposizione dovrebbe essere considerata secondo i principii del diritto nuovo una vera istituzione d'erede [32]). Per ciò si può anche dire che se il *testamentum posterius imperfectum* dovesse secondo la costituzione di Teodosio dell' anno 439 considerarsi come un semplice codicillo *ab intestato*, non sarebbe neppur possibile distribuire fra i singoli eredi intestati determinate quote d'eredità; ora, se ciò si ritiene possibile ciò significa che questo deve considerarsi un testamento vero e proprio [33]).

[30 a]) L. 13 § 1 D. *de iure codic.*: « Voluntatis autem quaestio ex scripto plerumque declarabitur. Nam si forte a Titio legata reliquit, *substitutum adscripsit heres si non extitisset*, sine dubio non codicillos, sed testamentum facere voluisse intelligetur ».

[31]) L. 3 pr. D. *de iure codicillorum*, 29, 7: « Si quis, cum testamentum nullum habebat, *codicillis fideicommissa hoc modo dedit: quisquis mihi heres erit bonorumve possessor*, eius fideicommitto ».

[32]) Anche se il testatore avesse dato alla propria disposizione il nome di codicillo, esso dovea valere non ostante come testamento quando ne avesse i requisiti; perchè: « Testamentum non ideo infirmari debebit, quod diversis hoc deficiens (il testatore) nominibus appellavit, cum superflua non noceant; *praetermissa* namque necessaria, *non abundans* cautela — testatoris officit voluntati », come dice una costituzione degli imperatori Arcadio ed Onorio, la L. 2 Th. Cod. *de test. et codic.*, 4, 4; L. 17 Iust. *Cod. de test.*, 6, 23. Non si potrebbe del resto considerare come vera istituzione d'erede neppure la disposizione colla quale il testatore lasciasse singole cose e somme agli eredi intestati. Di questa però noi non trattiamo ora, bensì della distribuzione totale dell'eredità per quote.

[33]) Che il *test. posterius imperfectum* sia qualche cosa più che un semplice codicillo *ab intestato* appare anche da Armenopulo. Questi diceva bensì che gli eredi intestati succedevano in conseguenza del diritto naturale a loro competente, ma egli considerava il diritto naturale come il motivo pel quale il testamento imperfetto avea gli effetti di un testamento perfetto e per ciò dichiarava gli eredi obbligati a pagare i legati, come quelli che aveano

Anche per altra via però si può dimostrare che un *testamentum posterius imperfectum* deve valere più che un codicillo *ab intestato*. Tanto pel diritto delle Pandette quanto per la costituzione dell'imperatore Teodosio è necessario che gli eredi intestati siano istituiti espressamente [34]). In ciò si distingue il nostro testamento *posterius imperfectum* dal codicillo *ab intestato*, perchè in questo non può essere contenuta che una disposizione codicillare, la cui esistenza è indipendente dall'esistenza di un testamento, in conseguenza del quale però gli eredi intestati debbono adempiere la disposizione codicillare, come se fossero istituiti eredi (vedi sopra nota 21). Mediante semplici codicilli però non può esser tolto il diritto di eredità [35]); non ostante adunque che il *testamentum posterius imperfectum* abbia comune la forma col codicillo, la forza attribuitagli di rompere il primo testamento riposa sull'istituzione espressa degli eredi intestati. Esso viene ad avere così la forza di un vero testamento senza che si stabilisca eccezione alcuna alla regola *codicillis hereditas adimi nequit* [36]). Ma da ciò segue anche che neppure la clausola codicillare aggiunta al testamento può far sì che esso sia tenuto in vigore come testamento *posterius imperfectum*. Questa clausola ha l'effetto che il testamento valga come codicillo quando siano state osservate le forme prescritte per questo. Se il primo testamento non vale, il posteriore munito di clausola codicillare vale come un codicillo *ab intestato* [37]), in caso contrario vale come codicillo testa-

---

riconosciuto il testamento o succedevano in base al medesimo. Armenopulo, *Procheiron*, ossia *Manuale legum*. L. 5 tit. 10 § 27 nel supplemento al *Thesaurus* del Meermann, pag. 321.

34) L. 2 D. h. t.: « vel *in eo scriptus est*, qui ab intestato venire potest ». — L. 21 § 5 C. *de testam.* — « nisi in secunda voluntate testator eos scribere instituit, qui ab intestato ad eius hereditatem vocantur ».

35) § 2 I. *de codicillis*, L. 2 C. *eod.* 6, 36.

36) Nel fatto di togliere l'eredità mediante il codicillo poteva essere inclusa una dichiarazione d'indegnità, in conseguenza della quale l'erede era escluso dal fisco; L. 4 Cod. *de his quae ut indignis*, 6, 35; ma dopo che colla legge Giulia e Papia Poppea il diritto dell'erario è venuto a modificare arbitrariamente i principii fondamentali del diritto ereditario romano, non si possono più fondare su ciò delle regole. La regola che un primo testamento può esser revocato soltanto da un testamento posteriore e non da codicilli rimane in vigore senza alcuna eccezione.

37) L. 88 § 17 Dig. *de legatis*, II, 31. Confr. L. 3 pr. Dig. *de iure codic.*, 29, 7.

mentario, cioè l'erede istituito nel primo testamento si considera come onerato dell'incarico di adempiere il secondo come fedecommesso [38]). La clausola codicillare non può avere maggiori effetti di una disposizione codicillare vera e propria. Certo però essa non può neppure recar danno al testamento. Se essa è aggiunta a un testamento valido sotto tutti i riguardi questo conserva anche sotto il riguardo della *vis rumpendi* tutti i suoi effetti [39]); se pertanto in un secondo testamento fatto davanti a cinque testimoni fossero istituiti gli eredi intestati, il primo non sarebbe rotto meno pel fatto che al secondo fosse aggiunta la clausola codicillare.

S'intende che gli eredi intestati istituiti debbono essere i prossimi; debbono cioè essere istituiti coloro che *ab intesteto ad eius hereditatem vocantur* [40]), colla quale designazione possono essere indicati soltanto quelli che avrebbero ottenuto l'eredità senza testamento, non già tutti coloro che la legge chiama nella serie degli eredi alla successione intestata [41]). Le particolarità dei singoli casi si debbono determinare qui, come in genere nella successione intestata [42]), avuto riguardo al tempo della delazione dell'eredità. Se pertanto il testatore avesse, quando faceva il secondo testamento, avuto di mira soltanto gli eredi prossimi allora esistenti, non danneggerebbe alla validità di quel testamento il fatto che quegli eredi non esistessero più al momento della morte, ben inteso purchè egli avesse indicato gli eredi prossimi con una espressione generica, chè diversamente dovrebbe decidersi se egli avesse designato gli eredi con precisione individualmente o almeno per stirpi. Così, per esempio, il testatore ha detto: istituisco eredi i figli della mia sorella defunta. Se questi

---

[38]) Arg. L. 3 § 2 D. *de iure codicillorum* Jo. Aug. Hellfeld, *de effectu clausulae codicillaris testamento, quod rumpitur, adjectae* (opp. minora T. 1 opusc. XVIII, pag. 401 segg.), cap. III, § 34.

[39]) Hellfeld, loc. cit., cap. II, § 22. Vedi L. 17 C. *de test.*

[40]) L. 21 § 5 Cod. *de test.*, 6, 23. In simil modo si esprime Ulpiano nella L. 2 D. h. t.

[41]) Altner, *Diss.* cit. *de test. post. imperfecto, etc.* § 29. Questo principio è in certo senso modificato dalla L. 12 § 1 Dig. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4 della quale sarà data una spiegazione minuta più oltre al n. IV di questo stesso paragrafo.

[42]) L. 2 § 6 Dig. *de suis et legit.*, 38, 16.

sono i soli eredi intestati prossimi e se esistono ancora al tempo della delazione dell'eredità, quella designazione non può fare ostacolo alla validità del *testamentum posterius imperfectum*; ma se essi sono venuti a morte nel frattempo, al momento della delazione non si trovano istituiti gli eredi prossimi e il testamento non può valere come *testamentum posterius imperfectum* [43]). Un'altra condizione per la validità del testamento, che ognuno intende da sè, è quella che siano istituiti tutti gli eredi prossimi, non uno o alcuni soltanto. Anche su questo punto la legge è così precisa che l'opinione avversa fondata sulla circostanza che ULPIANO parli soltanto in singolare (*vel in eo scriptus inveniatur, qui ab intestato venire potest*) merita appena di essere menzionata, ma non di essere confutata [44]).

Se accanto agli eredi intestati sia istituito un estraneo la validità del *testamentum posterius* non ne soffre più che se uno dei coeredi non acquisti la sua parte; la parte dell'estraneo si accresce agli altri [45]). Non è vietato però lasciare legati a terzi, perchè la legge parla soltanto d'istituzione d'erede; quindi l'istituzione d'erede di un estraneo può anche tenersi in vigore come fedecommesso mediante la clausola codicillare, cioè gli eredi intestati saranno obbligati a restituire all'estraneo la quota nella quale è stato istituito, dopo detratta però la quarta Trebelliana. Circa la questione se le sostituzioni dirette di terzi abbiano effetto giuridico, si potrebbe a prima vista inclinare a rispondervi negativamente, per la ragione che esse sono possibili soltanto nei testamenti perfetti nè sembra che qui si sia pensato affatto alla validità fedecommissaria di esse, posto che del di-

---

43) Non può fare ostacolo il fatto che gli effetti della *ruptio* restino qui in qualche modo in sospeso, per la ragione che il primo testamento non appare ancora come rotto quando non sono istituiti coloro che alla morte del testatore sarebbero i più prossimi all'eredità, perchè qualche cosa di simile si avvera anche nella *ruptio* di un testamento per agnazione di postumo. L. 12 pr. Dig. h. t.

44) ALTNER, *Diss.* cit., § 25, 26. — MARANO, *Paratitla*, loc. cit., pag. 695.

45) Arg. L. 21 § 3 C. *de test.*: « Si in huiusmodi voluntate (si parla qui di testam. parentum inter liberos), liberis alia sit extranea mixta persona, certum est, eam voluntatem defuncti, quantum ad illam duntaxat permixtam personam, pro nullo haberi, sed liberis accrescere ». — ALTNER, loc. cit., § 29.

ritto del sostituto può essere parola soltanto quando il primo erede nominato viene a mancare. Non può negarsi però che la clausola codicillare possa aver l'effetto di attribuire al sostituto un'azione fedecommissaria [46]). Suppongasi un testamento destituito il cui mantenimento in vigore si può ottenere mediatamente colla clausola fedecommissaria [47]); cioè suppongasi che l'erede intestato prossimo rinunci all'eredità o muoia vivente il *de cuius* o perda la capacità di succedere. In tal caso non vi ha alcun dubbio, in primo luogo, che il primo testamento sia rotto perchè a questo effetto il testamento *posterius imperfectus* vale come perfetto. Qui si applica il principio:

« Nihil interest, an extiterit aliquis ex posteriore testamento heres, an non extiterit, hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit » [48]).

Debbono però distinguersi due casi: *a*) l'erede rinuncia del tutto all'eredità o diviene incapace. In questo caso sembra che il testamento, quando siano stati istituiti gli eredi intestati prossimi, possa considerarsi *destitutum*. Chi siano infatti gli eredi intestati prossimi è cosa che non deve determinarsi soltanto al tempo della morte del testatore; erede prossimo è colui che al tempo della delazione dell'eredità non è escluso da alcuno più vicino e questo è un rapporto che può mutarsi anche dopo la morte del testatore [49]). Tuttavia qui si parla soltanto del momento in cui alcuno si debba considerare *intestato* [50]) e questo momento deve anche nel caso pre-

---

46) Arg. L. 76 D. *ad S. Treb.* 36, 1: « Si pater filium suum impuberem ex asse scripserit heredem eique codicillis substituerit, deinde filius impubes decesserit, licet substitutio inutilis sit, quia codicillis hereditas neque dari, neque adimi potest, tamen benigna interpretatione placet, ut mater, quae intestato pupillo successit, substitutis fideicommisso obligetur », e in ispecie L. 6 pr. § 1 e 2 D. *si quis omissa causa test. ab int. possid. hered.* 29, 4. Vedi sotto la nota 54 e il testo ivi.

47) Arg. L. 6 pr. D. *si quis omissa causa test.*, 29, 4.

48) § 2 I. *quib. mod. test. infirm.* 2, 17.

49) § 6 Inst. *de legit. agnat. succ.* 3, 2 « ... saepe accidit, ut proximiore mortuo proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus ».

50) L. 2 § 6 D. *de suis et legitim.* 38, 16: « Proximum non eum quaerimus, qui tunc fuit, quum moreretur paterfamilias, sed eum, qui tunc fuit, *quum intestatum decessisse certum est* ». V. § 7 in f. Inst. *de heredit. quae ab int. defer.* 3, 1.

sente determinarsi nello stesso modo che quando si fa luogo alla successione intestata. Se la clausola codicillare non fosse stata aggiunta al testamento si sarebbe aperta la semplice successione intestata[51]) e sarebbe possibile che fossero chiamate all'eredità come prossimi persone che alla morte del testatore erano escluse da altri più vicini di loro. Ma qui si tratta di successione testamentaria, e la successione testamentaria si deferisce di regola alla morte del testatore[52]) e, quando non vi siano sostituzioni validamente ordinate, può esser deferita una volta sola, di maniera che se l'erede testamentario rinunci o divenga incapace si fa luogo necessariamente alla successione intestata. Nell'istituzione incondizionata degli eredi intestati deve dunque considerarsi sempre erede testamentario quello solo che al momento della morte del testatore sarebbe chiamato all'eredità se non vi fosse testamento; gli eredi intestati successivi non possono considerarsi acquirenti dell'eredità *ex testamento* se non in conseguenza di una sostituzione a loro favore. Ma nel nostro caso essi sono esclusi anche dalla successione intestata. Infatti la clausola codicillare aggiunta al secondo testamento fa sì che questo valga come codicillo testamentario (*codicillus post testamentum factus*) e che il primo testamento conseguentemente non sia rotto (vedi sopra nota 38). Ma allora la sostituzione esercita la sua efficacia, vale a dire il sostituto può richiedere l'eredità come fedecommesso dall'erede istituito nel primo testamento. *b*) Esaminiamo ora il secondo caso, l'erede istituito, cioè, rinuncia solo all'eredità testamentaria, ma vuol succedere *ab intestato*. Com'è noto egli deve in tal caso prestare i legati[53]): ma il diritto, che eventualmente il sostituto deriva dalla clausola codicillare, non può mai essere considerato come un fedecommesso imposto a lui nella qualità di erede testamentario, perchè esso diviene efficace soltanto quando egli cessi di essere erede testamentario. Non per questo il diritto del sostituto deve ritenersi frustrato dalla rinuncia alla eredità testamen-

---

51) § 2 I. *quib. mod. test. infirm.*: « . . . si quis . . . noluerit heres esse . . ., paterfamilias intestatus moritur ».

52) L. 13 pr. e § 2 D. *de acquir. vel omitt. hered.* 29, 2.

53) L. 1 pr. D. *si quis omissa causa testam. ab intestato possid. heredit.* 29, 4.

taria; la clausola codicillare deve piuttosto interpretarsi nel senso che se l'erede intestato prossimo non acquisti l'eredità in base al testamento questo non debba considerarsi come un testamento indipendente a sè, ma come un' aggiunta al testamento precedente; quest'ultimo dunque non sarà rotto, ma l'erede istituito in esso è obbligato soltanto ad adempiere il primo nelle parti in cui può valere, quindi non nella parte che contiene l'istituzione del primo erede. Così si otterrebbe in questo caso il medesimo risultato che nel caso precedente. Tuttavia bisogna sempre tener conto del contenuto della seconda disposizione, cioè della volontà del testatore. Che la clausola codicillare abbia per regola l'efficacia sopra determinata e conseguentemente il primo testamento non sia rotto, è questo un principio che deriva dalla presunta volontà del testatore. Perciò anche la rottura già avvenuta del primo testamento non diviene inefficace per il fatto che il testatore stesso permetta all'erede di rinunciare all'eredità testamentaria e di accettarla invece come erede intestato. Per un caso simile il testatore può fin da principio provvedere anche ai diritti di terze persone, vale a dire egli può gravare gli eredi intestati di legati, come in qualunque codicillo *ab intestato*, e determinare che il secondo testamento valga eventualmente come codicillo *ab intestato*; in tal caso gli eredi devono adempiere questo come se tutte le disposizioni in esso contenute fossero contenute in un codicillo *ab intestato*. Ora da ciò deriva anche il diritto del sostituto perchè la condizione di esso, la destituzione del testamento, si è avverata. La possibilità di collegare un codicillo intestato con una istituzione d'erede testamentaria è da ammettere, secondo i principii generali del diritto, ma è anche poi espressamente confermata da un testo di ULPIANO lib. L, *ad edictum*:

« Fratrem suum (testator) scripsit heredem, *et codicillos fecit ab intestato, petiitque a fratre, ut, si legitima hereditas ad eum pertinuerit, fideicommissa praestaret quibusdam* » [54]).

---

[54]) L. 6 pr. § 1 D. *si quis omissa causa test.*, 29, 4. Questo caso è essenzialmente analogo al nostro; perchè non vi può essere differenza tra il caso che uno ordini direttamente un fedecommesso e quello che l'ordini mediante la clausola codicillare. Anzi l'effetto di questa sta appunto in ciò che la disposizione sia mantenuta in vigore come un fedecommesso, ond'è che di un

Se dunque il testatore vuole istituire per primi i suoi eredi intestati, ma vuol fare anche insieme una sostituzione efficace, bisogna che egli faccia il testamento perfetto anche nella forma. Solo in un caso questo può farsi anche con un testamento posteriore imperfetto, quando cioè il testatore istituisce i suoi eredi prossimi presenti e sostituisce a loro quelli che saranno i prossimi dopo la sua morte. Anche in riguardo ai sostituti dunque esiste sempre la condizione essenziale della validità del testamento posteriore imperfetto, cioè l'istituzione degli eredi intestati prossimi; essi pertanto ereditano direttamente in base al testamento.

La legge stabilisce espressamente che nel primo testamento debbano essere istituite persone che non otterrebbero l' eredità *ab intestato* [55]).

Se pertanto un erede intestato sia istituito solo o insieme con estranei nel primo testamento, questo non può essere rotto dal testamento posteriore imperfetto neppure se quell'erede sia istituito nuovamente nel secondo testamento accanto agli altri eredi intestati. Già per questo motivo si dovrebbe rispondere negativamente alla questione, che di solito si propone, se un testamento perfetto nel quale un padre istituisca un figlio impubere e sostituisca a questo pupillarmente degli estranei, possa essere annullato da un testamento posteriore imperfetto nel quale al figlio siano sostituiti gli eredi prossimi intestati di lui [56]). Infatti la sostituzione pupillare non è che una parte del testamento paterno [57]) e pertanto perchè la nuova sostituzione pupil-

---

testamento munito di simile clausola è detto ch'esso contiene i *verba fideicommissi*, L. 11 § 1 Dig. *de legatis*, III, 32; L. 29 pr. Dig. *qui test. fac. poss.*, 28, 1. Anche quello che è detto qui sull'ordine nel quale devono adempiersi gli oneri testamentarii si applica benissimo al nostro caso: prima debbono adempiersi i legati ordinati nel testamento, poi gli oneri imposti particolarmente nel codicillo *ab intestato*. Il sostituito per ciò ha diritto soltanto a quella parte di eredità che resta dopo pagati i legati.

55) « . . . in priore testamento scriptis his, qui ab intestato ad testatoris hereditatem vel successionem venire non poterant ». L. 21 § 5 C. *de testam.*

56) Di opinione diversa sono il Bartolo, ad h. l. e l'Altner, *Diss.* cit., § 30 contro Baldo ed altri antichi interpreti. I moderni non esaminano neppure la questione.

57) « Nam pupillare testamentum pars et sequela est paterni testamenti, adeo ut, si patris testamentum non valeat, nec filii valitura sit »; § 5 I. *de pupill. substit.* 2, 16.

lare potesse valere bisognerebbe che anche l'istituzione contenuta nel testamento paterno fosse annullata dal secondo testamento. Ma, posto anche che il figlio fosse diseredato nel primo testamento, ben intesto *bona mente*, sembra che in ogni modo il diritto del *testamentum posterius imperfectum* non possa riferirsi in generale alle sostituzioni pupillari, perchè la legge deve interpretarsi in senso restrittivo essendo essa una disposizione di carattere singolare, ed essa parla soltanto degli eredi prossimi del testatore [58]).

Dobbiamo ora esaminare la disposizione della legge che si riferisce alla forma del *testamentum posterius imperfectum*:

« In qua voluntate quinque *testium iuratorum depositiones* sufficient (nel Codice giustinianeo *sufficiunt*): quo non facto valebit primum testamentum, licet in eo scripti videantur extranei » [59]).

In primo luogo si domanda che cosa s'intenda per *testium iuratorum depositiones*. Si riferisce questa disposizione alla forma del testamento o soltanto alla prova che la disposizione di ultima volontà sia stata fatta davanti a cinque testimoni? Se si ammette la prima alternativa non si può dire che il *testamentum posterius imperfectum* abbia la forma di un codicillo, perchè è fuori di dubbio che non è nè fu mai richiesto il giuramento dei testimoni nel codicillo.

Già i Glossatori erano discordi su questo punto; ACCURSIO però accoglie l'opinione che quella disposizione non si riferisca alla forma, ma alla prova [60]). Più tardi questa opinione si ritenne per così sicura che non si discusse neppur più l'opinione opposta, e soltanto si discusse sul punto se la conferma giurata fosse necessaria anche nei testamenti scritti, oppure soltanto nel *testamentum posterius imperfectum* orale [61]). Nei tempi moderni invece è stata difesa di nuovo

58) BRUNNEMANN ad h. l. num. 5.

59) L. 21 § 5 in f. C. *de testam.* (Nov. Theod. cit. § 7 in f.).

60) Glossa di ACCURSIO, *Depositiones*, ad h. l.

61) Vedi BRUNNEMANN, loc. cit. n. 7 seg. e ALTNER, *Diss.* cit., § 32. I trattati si occupano molto di rado di questa disposizione in generale, e quelli che lo fanno richiedono soltanto che i testimoni confermino con giuramento le loro deposizioni o l'esistenza dell'ultima volontà. Vedi THIBAUT, *Pandette*, § 849, 8.ª ediz. e HEIMBERGER, *Reines Roem. P. R.* (Diritto privato romano puro), vol. III, § 357.

l'opinione che il giuramento dei testimoni sia richiesto come forma della disposizione testamentaria [62]). Quest'opinione incontra però alcune obiezioni serie. L'espressione *testium depositiones* non può alla lettera significare altro che deposizione dei testimoni, vale a dire la relazione per parte dei testimoni di ciò che essi sanno: in questo senso fu usata l'espressione anche nel diritto romano [63]). Riferendola alla forma di un negozio giuridico quest'espressione si potrebbe intendere soltanto come una dichiarazione dei testimoni di voler assistere all'atto come tali: ma non si potrebbe citare neppure un solo testo nel quale quell'espressione abbia un significato siffatto così poco coerente al senso letterale delle parole. Che cosa dovrebbero giurare i testimoni e a chi dovrebbero essi dirigere il loro giuramento? Al testatore o al notaro, che il testatore avesse chiamato? D'altronde nelle nostre fonti non si trova la minima traccia che nel diritto romano sia mai stata in vigore una formalità così singolare.

I testimoni degli strumenti attestano colla loro sottoscrizione ciò che è avvenuto, ma sarebbe cosa veramente inaudita se si chiedesse loro su ciò un giuramento e con ragione è detto nella glossa:

« Intellige ut iurent in causam coram iudice. *Nunquam enim reperitur, quod tabelliones possint recipere talia sacramenta* » [64]).

---

62) Marezoll, *Bemerkungen über einzelne Fragen aus dem roem. Civilrecht* (Osservazioni su alcune questioni di diritto civile romano) nel *Magazin für Rechtswissenschaft, etc.* (Magazzino di giurisprudenza e legislazione) di Grolmann e Loehr, vol. IV num. XI, pag. 273 segg.

63) Per esempio la L. 3 Cod. *si minor se maiorem dixerit*, 2, 43.

64) Vedi la Glossa citata. Del resto qui, come assai di frequente nella Glossa di Accursio, domina una grande confusione, poichè sono messe l'una accanto all'altra opinioni contraddittorie come se fossero tutte una. Prima si trova una spiegazione, secondo la quale le *iuratorum testium depositiones* si riferiscono alla forma di confezione del testamento (« hic nota, quod sufficit si testes iurati dicant tabellioni: *ita testatus est*, ut sit instrumentum et testamentum »). Questa spiegazione è però respinta con un *sed contra est* e segue poi la Glossa riferita nel testo, nella quale una solennità di questa specie è dichiarata cosa non mai udita ed evidente invenzione dell'autore della prima Glossa. Ma segue poi l'aggiunta: « Appellantur ergo depositiones scripturae quae fiunt de his quae sacramento adseruntur, ut hic,

Ma come venne l'imperatore a dare questa disposizione? Ciò si spiega, secondo me, molto bene con una particolarità stilistica delle costituzioni degli ultimi tempi per la quale gl'imperatori volentieri arricchivano le loro disposizioni di concetti accessori, in particolare per ciò che riguardava il modo di fare ciò che la legge prescriveva, e tanto più ciò si faceva quando si credeva che il discorso ne ricevesse così una maggiore completezza e avesse giuridicamente maggior peso [65]). Se ora si rammenta che i testimoni degli atti solenni dovevano in ogni caso esser pronti a deporre con giuramento sull'atto al quale erano intervenuti, facilmente si spiegherà come qui sia avvenuta, ciò che di rado avveniva altrove, la mistione di ciò che appartiene alla forma del negozio con ciò che appartiene soltanto alla prova futura di esso. Questo apparirà anche più probabile quando si ammetta che sotto gl'imperatori cristiani i testimoni dovessero all'apertura del testamento riconoscere con giuramento i loro sigilli [66]); per l'analogia di questa disposizione s'intende anche

---

et sic ponitur supra *de episcopali audentia, L. iubemus* (19) ». In questo testo è detto che devono essere ammessi come *defensores ecclesiae* soltanto coloro « qui sacro sanctis orthodoxae religionis imbuti mysteriis, haec imprimis *sub gestorum testifactione,* praesente religiosissimo fidei orthodoxae antistite, *per depositiones cum sacramenti religione celebrandas* patefecerint ». Colui che deve esser ordinato deve dunque garantire con giuramento in un protocollo (questa è la *gestorum testificatio*) la propria fede. Sebbene questo testo nulla abbia a che fare col nostro argomento, dal suo richiamo però si vede che le parole finali della Glossa *appellantur, etc.* non appartengono alla Glossa *sed contra est,* ma alla prima opinione, onde nelle note marginali delle migliori edizioni suole anche esser notato che colla parola *appellantur* comincia una nuova Glossa. Accursio cerca di conciliare in una sola queste due opinioni coll'osservazione, che è però evidentemente insensata, « quod et hic et infra dicitur, intellige ut iurent in causa coram iudice ».

65) Esempii di questa specie non è necessario cercar troppo lontani. Basti qui citare la L. 25 Cod. *de adm. tut.,* 5, 37 di Giustiniano, dove si trova nel primo periodo una doppia mistione di questa specie: « Sancimus, *creatione tutorum et curatorum cum omni procedente cautela,* licere debitoribus pupillarum vel adultorum, ad eos solutionem facere, ita tamen, ut prius sententia iudicialis *sine omni damno celebrata* hoc permiserit ».

66) Una novella di Leone il filosofo (*Nov. Leonis* 44) sembra affermare che i testimoni dovessero riconoscere con giuramento il loro sigillo quando il testamento non fosse stato sigillato anche col sigillo del *magister census.* Confr. C. F. Glück, *De testamenti privati solemnis probatione,* § 4 nota 16,

facilmente come possa essere stata richiesta una deposizione giurata pei testamenti orali. Anche senza ammettere però tale necessità non si può trovare strano che l'imperatore abbia nella sua disposizione avuto di mira anche la futura deposizione giurata ed abbia quindi espresso il concetto della necessità di chiamare cinque testimoni capaci con questa formula: debbono bastare le deposizioni giurate di cinque testimoni.

Adunque la disposizione circa la deposizione giurata dei testimoni non ha importanza essenziale per il contenuto fondamentale del testo [67]). Perciò noi possiamo anche trascurare qui la questione se essa si applicasse anche ai testamenti scritti (vedi nota 61) e solo per amore di completezza noteremo che non vi è alcun motivo perchè questa disposizione generale non s'intenda e si applichi anche in modo generale. Si può volentieri ammettere che l'espressione *scripti heredes* si riferisca anche come espressione tecnica alle istituzioni d'erede verbali [68]), ma da ciò non segue che essa serva soltanto ad indicare gli eredi istituiti nei testamenti orali.

Alla forma del *testamentum posterius imperfectum* si riferisce anche la questione se i testimoni debbano avere le qualità dei testimoni codicillari e in generale se debbano per simili testamenti osservarsi tutte le altre disposizioni che valgono pei codicilli [69]). Anche di questo punto si occupa il più recente scrittore sulla costituzione, ma egli vi spende soltanto poche parole per dire che è molto dubbio se siano necessarie anche le altre forme codicillari, posto che la legge dice espressamente *quinque testium iuratorum depositiones sufficiunt* [70]).

Opuscula, fasc. I, pag. 46 e § 7 *ibidem* pag. 76 seg. Ma nei protocolli di apertura di testamenti dell'epoca dell'impero cristiano a noi conservati non si ha alcuna traccia di ciò. Vedi Savigny, *Erklärung einer Urkunde, etc.* (Spiegazione di un documento del VI secolo letta all'Accademia reale prussiana delle scienze il 2 novembre 1815) e Spangenberg, *Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V, diss. 5 pag. 161 seg.

67) Vedi Altner, *Diss.* cit., § 36.

68) Confr. Altner, *Diss.* cit., § 31, dove questa questione è trattata però molto superficialmente.

69) Non occorre del resto notare che pei testamenti orali la testimonianza giurata si dovea riferire anche al contenuto, per gli scritti solo all'atto formale di testamento.

70) Marezoll, loc. cit., pag. 175.

Tutto dipende qui dalla estensione che si dà alla forma codicillare:

a) Secondo l'opinione accolta oggi quasi generalmente i testimoni debbono avere gli stessi requisiti dei testimoni dei testamenti. Dall'insieme della costituzione appare abbastanza chiaro che l'imperatore TEODOSIO non abbia nella sua disposizione sul testamento *posterius imperfectum* voluto allontanarsi da quei requisiti. Prima infatti si parla dei testamenti veri e propri e dei testimoni di questi; quando pertanto in seguito è detto in termini generali che nel *testamentum posterius imperfectum* bastano soltanto cinque testimoni, evidentemente non si rinuncia a nessuno dei requisiti che riguardano la qualità di questi.

b) I codicilli orali debbono essere fatti in una lingua intelligibile ai testimoni. Questo è un requisito così intuitivo che è impossibile ammettere che l'imperatore abbia pensato che i testimoni dovessero deporre con giuramento su cosa che non avevano inteso.

c) Secondo l'opinione comune nei testamenti scritti non si richiede il suggello per parte dei testimoni, ma soltanto la sottoscrizione di essi. Questo però è un requisito generale di tutti gli atti scritti ai quali intervengano testimoni [71]) e per conseguenza non può mancare quand'anche la legge dica che per un dato atto basti un dato numero minore di testimoni. Tutta la questione dunque se oltre che pel numero dei testimoni si debbano in altri riguardi osservare le forme codicillari è una questione del tutto oziosa.

III. Il testamento deve essere perfetto anche nel riguardo della dichiarazione di volontà [72]). Alcune delle cose che qui si diranno appartengono per il loro interesse pratico alla seconda regola, quella cioè che nulla deve mancare delle solennità esteriori. Secondo il diritto vigente al tempo dei giureconsulti classici tali cose devono es-

---

[71]) Nelle notizie che si trovano nelle fonti più antiche sulla forma di questi documenti ciò è presupposto sempre, ma nei testamenti scritti è richiesto in modo preciso (L. 22 § 4, L. 30 D. *qui t. fac. p.*, 28, 1) e GIUSTINIANO insiste molto apertamente sulla necessità della sottoscrizione dei testimoni in tutti i documenti. Vedi in particolare Nov. 73 c. 3, 5.

[72]) Ferd. Christ. HARPRECHT, Diss. *de testamento ratione voluntatis imperfecto* (Tub. 1693). *Dissert. academ.*, vol. I, num. XLIV, pag. 1572 segg.

sere considerate però a questo punto, perchè una disposizione può valere anche senza alcuna solennità come fedecommesso quando non sia dubbia la volontà del testatore[73]. Ciò è mutato essenzialmente per l'introduzione di una forma speciale pei codicilli, ma poichè qui dovremo esaminare principalmente dei testi del tempo anteriore e poichè la maggior parte delle applicazioni che se ne faranno appartengono anche sotto il punto di vista pratico alla terza regola così noi dobbiamo trattare di questa secondo la estensione che essa poteva avere al tempo del diritto classico delle Pandette. Distinguiamo i seguenti casi:

---

[73]) Si potrebbe forse credere che i codicilli scritti fossero in ogni caso soggetti alla nota prescrizione del senatusconsulto emanato sotto NERONE così riferita da PAOLO, *Rec. Sent.*, V, 25, 6: « le tavole debbono esser suggellate in presenza dei testimoni *ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino constringantur atque impositum supra linum* (secondo un'altra lezione accolta quasi generalmente *impositae supra linum*, ma essa non è necessaria, basta che si costruisca *supra impositum linum*), *cerae signa imprimantur ut exteriores scripturae fidem interiori servent. Aliter tabulae prolatae nihil momenti habent* ». A dir vero PAOLO parla alla lettera soltanto di tavole e *quae publici vel privati contractus scripturam continent* », ma già in altro luogo del *Commentario*, al § 1415 *b*, fu dimostrato che questa prescrizione è applicabile anche ai testamenti. È molto probabile piuttosto che il senatusconsulto valesse soltanto per le *tabulae ceratae* vere e proprie, cioè tavole di legno spalmate di cera (Vedi SALMASIO, *De subscribendis et signandis testamentis*, pag. 107), ma anche in simili tavole potevano farsi dei semplici codicilli e sarebbero stati essi inefficaci per l'inosservanza di quella prescrizione? Questo non è da credersi per il modo molto deciso come si esprimono le più antiche fonti circa l'assoluta superfluità della forma nelle disposizioni di ultima volontà; qualunque parola, scritto, segno o anche semplice cenno bastava per la validità del fedecommesso. Vedi L. 21 pr. Dig. *de legatis*, III, 32, L. 22 Cod. *de fideic.*, 6, 42, dove le parole *adhibitis testibus* sono interpolate. Per nessun tempo è detto che per le disposizioni codicillari fosse necessario servirsi di *tabulae* e tanto meno di suggellarle e firmarle: di solito i codicilli erano anzi fatti con semplici scritture dirette agli eredi testamentari od intestati e una tale disposizione era valida anche nel caso che il testatore si fosse riservato nel testamento la facoltà di fare aggiunte in codicilli suggellati e poi avesse fatto codicilli non suggellati (Vedi L. 89 pr. *de legatis*, II, 31 e su di essa il § 1428 pag. 132 seg.). Ma io credo che anche nel caso che i codicilli fossero stati fatti in *tabulae ceratae* la mancanza dei suggelli non producesse l'invalidità della disposizione. Il documento per sè non aveva in tal caso forza probatoria, ma il contenuto di esso doveva esser osservato quando si potesse dimostrare che rispondeva alla volontà del testatore, perchè più non era necessario per la validità delle disposizioni codicillari.

A. Il testatore è rimasto ai preparativi di un testamento. Il caso più frequentemente considerato dagli scrittori è il seguente: si trova uno scritto che contiene le disposizioni complete, ma manca delle forme prescritte dalla legge. S'intende da sè che tale scritto non può esser considerato un vero testamento, nè importa se esso sia un semplice progetto o uno scritto già preparato come documento dell'atto formale, nè se sia scritto dal testatore stesso o da altri per sua commissione. Anzi, se anche sia già cominciato il compimento delle formalità, ma manchi qualche cosa prescritta dalla legge l'intero atto è nullo, come per esempio se manchi la lettura, dove questa è prescritta [74]), o la sottoscrizione dei testimoni o del testatore, sia che questa mancanza derivi da svista o da un accidente, come ad esempio la morte subitanea del testatore. Lo stesso deve dirsi del caso che nulla manchi dei requisiti legali, ma il testatore volesse una data solennità che non fu adempiuta.

Ad ambedne questi punti si riferisce il seguente testo tratto dal lib. XIV dei Responsi di Paolo:

« Ex ea scriptura, quae ad testamentum faciendum parabatur, si nullo iure testamentum perfectum esset, nec ea, quae fideicommissorum verba habent, peti posse (respondit) » [75]).

E similmente si esprime Ulpiano fondandosi sull'autorità di un imperatore:

« Quoties quis exemplum testamenti praeparat, et prius decedat, quam testetur, non valent quasi ex codicillis, quae in exemplo scripta sunt, licet verba fideicommissi scriptura habeat; et ita D. Pium decrevisse Maecianus scribit » [76]).

Il Salmasio intende per *scriptura ad testamentum faciendum parata* un documento che contenga soltanto la firma del testatore e alcune determinazioni accessorie, come la clausola codicillare, ma nel quale il nome dell'erede deve essere scritto dopo che il testatore avrà mostrato lo scritto ai testimoni dichiarandolo pel proprio testamento [77]).

---

74) L. 8 Cod. *qui test. fac. poss.*, 6, 22. *Ordinanza notarile di Massimiliano I*, tit. *dei testamenti* (II), § 3, 9. Vedi Harprecht, *Diss.* cit. § 13.

75) L. 29 pr. D. *qui test. fac. poss.* (28, 1).

76) L. 11 § 2 D. *de legat.* III, 32.

77) Cl. Salmasius, *De subscribendis et signandis testamentis*, cap. XXIX, pag. 291.

Non sarebbe impossibile che i due giureconsulti avessero considerato veramente un simile caso, massime se fosse vera la notizia che ci dà SVETONIO: « cautum, ut in testamentis, primae duae cerae vacuae signaturis ostenderentur » [78]), cioè che se il testatore avesse voluto nascondere ai testimoni (i *signaturi*) i nomi degli eredi, doveva non ostante mostrar loro le due prime tavole (*primae duae cerae*) sottoscritte di propria mano e dichiarare che quello era il suo testamento, nel quale avrebbe potuto poi scrivere i nomi degli eredi [79]); che se ciò poi non accadesse, naturalmente nessun'altra delle disposizioni di quello che avrebbe dovuto essere il suo testamento poteva valere. Può darsi dunque che ULPIANO e PAOLO alludessero a questo caso, ma non è necessario nè ammissibile limitare il senso del testo a questo solo caso. Noi dobbiamo intendere le espressioni di esso in modo generale e concluderne che ogni qual volta manchi qualche cosa che vi dovrebbe essere o per disposizione di legge o per volontà del testatore, nulla può valere del contenuto del documento testamentario [80]). Qui non si parla soltanto della mancanza delle solennità, ma anche più della mancanza di ciò che doveva esservi secondo la volontà del testatore. Così si spiegano rettamente

---

78) SVETONIO, *Vita Neronis*, cap. XVII. Egli riferisce ciò dopo la notizia già riferita sopra alla nota 73 sulla forma dei documenti. Però non dice che queste due disposizioni fossero contenute nello stesso senatusconsulto, cosa questa che non è provata neppure dal fatto che le due notizie siano qui riportate insieme, perchè altrimenti bisognerebbe credere anche che fosse stato ordinato dalla medesima legge: « ne quis alieni testamenti scriptor legatum sibi adscriberet », e « ut litigatores pro patrociniis certam iustamque mercedem pro subselliis nullam omnino darent ». Confr. anche ERNESTI, *ad Suetonium*, loc. cit., nota *d*, dove si criticano gli scrittori giuristi i quali credono che SVETONIO abbia qui indicato una data erronea pel Senatusconsulto Liboniano.

79) SALMASIO, loc. cit., pag. 290.

80) A. FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. 35, err. 8, non vuole riferire il testo a un *testamentum imperfectum ratione voluntatis*, ma solo ad un testamento mancante delle solennità prescritte dalla legge. Ma in tal caso esso non avrebbe neppur potuto dire *nec ea quae fideicommissorum verba habent peti posse,* perchè per la validità di questi non si richiedeva alcuna solennità. La regola espressa dai due giureconsulti quasi con identiche parole deve esser intesa nel senso più generale, che quando il testamento manca di qualche requisito, necessario per qualsiasi motivo, esso è sempre nullo.

le parole *nec ea, quae fideicommissorum verba habent, valent.* Il loro significato [81]) si può esprimere così: anche ciò che potrebbe valere per legge non vale quando il testamento non sia esteriormente perfetto. Posto dunque che il testamento possa essere tenuto in vigore come fedecommesso, la clausola codicillare sarebbe sempre nel caso in discorso inefficace; e ciò perchè il documento è una parte di progetto di testamento e fin che non è che progetto nulla può valere del suo contenuto. Tutte le applicazioni che si possono fare di questa regola si riducono a tre categorie:

1.ª Vi è soltanto un progetto di testamento. Esso non può valere dunque in nessuna parte, benchè le disposizioni codicillari valgano anche senza forme e il progetto contenga la clausola codicillare.

2.ª È stato fatto un atto di testamento, ma questo non può valere come testamento solenne, potrebbe solo valere come codicillo. Qui tutto dipende dall'intenzione del testatore; se egli voleva fare un testamento solenne non valgono neppure le disposizioni codicillari [82]), salvo che egli abbia aggiunta la clausola codicillare [83]).

3.ª Sono state adempiute tutte le forme prescritte dalla legge, ma il testatore voleva per di più l'osservanza di un'altra determinata formalità. Prima che questa sia adempiuta il testamento non può essere considerato come perfetto, perchè non deve essere tale per

---

[81]) Il principio abbraccia anche i casi nei quali il testamento è esteriormente perfetto, ma ancora la dichiarazione di volontà non è espressa completamente (vedi sotto lett. *B*), o manca qualche altro requisito essenziale (vedi num. IV). Noi però dobbiamo qui applicarlo soltanto ai testamenti nei quali la dichiarazione di volontà è completa e le prescrizioni di legge sono osservate in tutto tranne per ciò che riguarda la forma esterna.

[82]) L. 1 D. *de iure codicillorum*, 29, 7 (Vedi nota 30). — POTHIER, *Pand. Justin.*, tit. *qui test. fac. poss.*, num. 45, nota *c* (tit. II, pag. 179): «Etsi enim fideicommissa extra testamentum citra iuris solennitates relinqui possunt, tamen, quum testamento continentur, pendent a iure testamenti».

[83]) Questa clausola non è mai sottintesa. L. 41 § 3 D. *de vulg. et pup. subst.* 28, 6: «. . . si non valuit (patris testamentum), ea scriptura quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est». — L. 8 § 1 C. *de codicillis* 6, 36. Confr. la mia *Doctrina Pandectarum*, § 686 nota 2.

volontà del testatore stesso [84]). Tutto ciò che si è fatto fino a quel momento non vale che come un semplice progetto di testamento, e quindi per regola neppure la clausola codicillare aggiunta può avere efficacia [85]), perchè il difetto investe l' intero testamento, del quale la clausola codicillare non è che una parte. Appartengono a questa terza categoria in particolare i seguenti casi:

a) Sono state adempite tutte le formalità prescritte per un testamento ordinario scritto o nuncupativo, ma il testatore vuole ridurre in iscritto la volontà dichiarata oralmente, oppure ridurre il testamento in un istrumento notarile, o deporlo presso un magistrato, e questa ulteriore formalità poi non si compie. Simile testamento non può valere, perchè il testatore stesso ha dato a conoscere che egli voleva che la validità ci fosse solo quando fosse stata adempiuta quella formalità complementare [86]).

b) Il testatore vuol fare nella forma comune una disposizione che varrebbe anche in forma privilegiata. Per esempio, uno scritto privato dei genitori può rivestire tutti i requisiti di un *testamentum parentum inter liberos*. Ma se appare, per esempio da una dichiarazione contenuta nello scritto stesso, che il testatore voleva poi fare un testamento solenne, la validità di esso dipende dall'adempimento

84) Non si scambi con questo il principio che il testatore non può limitare a sè la propria libertà di disporre col dichiarare che il testamento successivo debba valere soltanto se fatto in una data forma. Vedi su ciò § 1428 pag. 129 n.° 2. Ciò che è decisivo è sempre l'*ultima* volontà del testatore, e se questi non ritorna volontariamente alla sua prima disposizione, essa certamente non può vincolarlo. Qui però non si tratta di una disposizione futura soltanto possibile, ma di una disposizione presente riguardo alla quale il testatore può sempre naturalmente dichiarare in modo valido quando debba essere perfetta.

85) Una limitazione di questa regola sarà esposta più oltre.

86) Il HARPRECHT, *Diss.* cit., § 11, così ne esprime la ragione brevemente e in modo conveniente: « quod ipse non prius quam illud fieret, suam dispositionem pro perfecta et completa habere velit ». Egli afferma pure che questa è l'opinione comune accolta anche nella pratica, ma insieme cita le diverse opinioni discordanti. Vedi in particolare anche il § 74 *ibidem*, dove sono enumerati altri casi nei quali appare la volontà del testatore che la perfezione finale di una disposizione per sè valida resti per un certo tempo sospesa.

delle solennità. Altro esempio. Il *testamentum ad pias causas* è perfetto colla semplice dichiarazione davanti a due testimoni [87]: esso però non si potrebbe ritenere valido se il testatore avesse avuto intenzione di fare un testamento solenne e fra i testimoni se ne trovassero soltanto due capaci. Anche più spesso si applica il nostro principio sotto quelle legislazioni le quali come parecchie fra le legislazioni particolari tedesche ammettono che il *testamentum ad pias causas* possa farsi senza formalità alcuna [88], quando il testatore abbia redatta una scrittura privata, la quale potrebbe bastare come testamento, coll'intenzione però di completarla solennemente e ciò non gli sia poi stato possibile.

Tuttavia la dichiarazione precisa del testatore che la disposizione debba in ogni caso valere per quanto è possibile ha per effetto che valga tutto ciò che per legge può valere e nei limiti in cui può valere. In simili casi la clausola codicillare ha per effetto che una disposizione sia mantenuta in vigore non solo come codicillo, ma anche come disposizione diretta, quando può valere come tale, e ancor che il testatore avesse in animo di completarla con una certa formalità la mancanza di questa non può far sì che la disposizione non valga non ostante. Sembra che a questo punto si riferiscano anche le parole seguenti del citato testo di PAOLO, L. 29 pr. D. *qui test. fac. poss.* 28, 1 [89]:

« Ex his verbis, quae scriptura (*al.* scripturae) paterfamilias addidit: *hoc testamentum volo esse ratum, quacunque ratione poterit* [90],

---

87) Cap. 11, X *de testamentis*, 3, 25.

88) Così per esempio nel *Diritto territoriale del Würtemberg*, parte III, tit. 6 § 2, e nel *Codex Maximilianeus Bavaricus*, parte III, capo 4 § 5. Il KREITTMAYR, *Note al Cod. Bavarese*, parte III, § 5, 2, pag. 1113, non credeva di avere così derogato alle disposizioni del diritto comune, perchè egli era d'opinione che i testimoni secondo il diritto comune fossero richiesti non *ad solemnitatem*, ma *ad probationem*. Anche il *Diritto dell'Elettorato di Sassonia* non richiede, almeno pei legati a favore di una *pia causa*, più che una dichiarazione di volontà chiara. HAUBOLD, *Handbuch des Sächsischen Privatrechts* (Manuale di diritto privato sassone), § 344 n. *b*.

89) L. 29 § 1 Dig. *qui test. fac. possunt*, 28, 1. Confr. SCHOTT, *Comm.* cit., pag. 76 seg.

90) Queste parole sono riferite secondo la Versione Vulgata. Nell'originale sono in greco, prova questa che esse si trovavano nel testamento sul quale PAPINIANO aveva dato il suo parere.

videri eum voluisse, omnimodo valere ea, quae reliquit, etiam si intestatus decessisset ».

Egli non dice che abbia sempre luogo la successione intestata o che la disposizione testamentaria abbia gli effetti di un codicillo intestato, ma che sebbene per ciò che riguarda l'istituzione d'erede si faccia luogo alla successione intestata, tuttavia si debbano mantenere in vigore quei punti che possono valere. Il modo come i due principî contenuti nel pr. e nel § 1 del testo sono collegati prova però anche che la clausola non manifesta incondizionatamente la sua efficacia, perchè nel principio è detto espressamente che nel testamento rimasto incompleto non potevano valere neppure quelle disposizioni *quae fideicommissorum verba habent.* La clausola di convalidazione, sia essa scritta nel testamento o in altro atto diverso, deve essere espressa in modo che ne risulti la volontà del testatore di far valere la disposizione in ogni caso, p. es. il testatore deve dire in fine della sua disposizione: questa mia ultima volontà seriamente manifestata deve essere perfezionata solennemente davanti a un notaro e sette testimoni e in seguito deve essere depositata nell'archivio della città; però io voglio che la medesima valga in ogni modo, per quanto ciò è possibile secondo il diritto. Le parole *però io voglio*, ecc. non potrebbero facilmente interpretarsi in senso diverso da quello che il testatore voglia che il testamento valga anche senza le formalità da lui stabilite. In ogni caso una simile interpretazione deve sempre favorirsi per quanto è possibile [91]), e perciò non si devono considerare soltanto le parole, ma il complesso del discorso e in particolare anche la qualità esteriore della disposizione. Se questa fosse un semplice progetto, in ogni modo occorrerebbe sempre una dichiarazione di volontà precisa e completa anche nella sua forma affinchè potesse esser mantenuta in vigore come testamento anche solo in parte. Se invece essa si presenta come un testamento formale valido e la volontà del testatore che sia compiuta una solennità complementare non è espressa in modo così preciso da risultarne che il testatore stesso non avrebbe voluto far valere il testamento

91) L. 5 Dig. *test. quem. aper.*, 29, 4: « publice enim expedit suprema hominum iudicia exitum habere ».

senza l'adempimento di quella formalità, la clausola di convalidazione è da ritenersi indubbiamente efficace anche quando sia espressa nella forma ordinaria e aggiunta come una parte della disposizione.

B) Può anche essere però che al testamento non manchi nessuna delle forme prescritte dalla legge o volute specialmente dal testatore, ma soltanto la volontà sia dichiarata in modo incompleto. Se ciò non tocca il contenuto fondamentale del testamento, cioè l'istituzione d'erede, ma soltanto qualche punto accessorio come i legati, si applica la regola « non vitiatur utile per inutile » [92]), quindi queste disposizioni accessorie saranno nulle, ma l'istituzione d'erede sarà valida. Il contrario avviene se la dichiarazione di volontà è difettosa per ciò che riguarda l'istituzione d'erede e possono soltanto salvarsi i legati mediante la clausola codicillare. Bisogna allora distinguere i seguenti casi:

1.° Manca ogni istituzione d'erede. Poichè qui non si tratta di espressione difettosa della istituzione d'erede o di mancanza di capacità e si deve supporre anche che il testatore abbia sempre intenzione di nominare un erede diretto, sembra che tale nomina non possa considerarsi avvenuta, almeno quando si tratti di testamento scritto. Bisogna però qui far menzione in primo luogo della così detta istituzione mistica, la quale avviene quando il testatore rimanda per la designazione dell'erede ad un'altra scheda o codicillo [93]), che poi può per caso essere stato perso o dimenticato. In secondo luogo può anche avvenire che il testatore faccia scrivere il testamento da un terzo riservandosi di riempire da sè i nomi degli eredi [94]) e poi se ne dimentichi [95]).

---

92) Vedi Hofacker, *Principia iuris civilis Romani germanici,* t. II, § 1342, II. 2. Del resto non è affatto indiscusso che la regola *utile non vitiatur per inutile* sia qui applicabile. Vedi infra pag. 271.

93) Vedi su ciò § 1417 *a*, dove è da aggiungere per ciò che riguarda il significato di *testamentum mysticum,* come testamento il contenuto del quale è ignoto ai testimoni, anche il Salmasio, *De subscribendis et subsignandis testamentis,* pag. 200 seg.

94) Forse per tenere nascosta il più possibile l'istituzione d'erede o quando colui che scrive il testamento deve essere l'istituito. L. 3 Cod. *de his qui sibi adscrib. in test.,* 9, 23.

95) Confr. Harprecht, *Diss.* cit., § 15. Alcuni dei miei lettori in Rostock

2.º Il testatore ha intenzione di nominare parecchi eredi, ma in fatto ne nomina uno solo, neppur questo sarà erede. A questo proposito Giavoleno dice:

« Si is, qui testamentum faceret, heredibus primis, nuncupatis, priusquam secundos exprimeret heredes, obmutuisset, magis coepisse eum testamentum facere, quam fecisse, Varius Digestorum libro primo Servium respondisse scripsit: itaque primos heredes ex eo testamento non futuros. Labeo tam hoc verum esse existimat, si constaret, voluisse plures, eum, qui testamentum fecisset, heredes pronuntiare; ego nec Servium puto aliud sensisse » [96]).

È chiaro che l'espressione *heredes primi* e *secundi* non si riferisce ai diversi gradi dell'istituzione (istituiti e sostituti). Quando il testatore si è espresso completameute e chiaramente sugli eredi di primo grado egli ha fatto sempre un testamento completo anche se il secondo grado non valga [97]). Qui dunque si considera soltanto il caso che il testatore volesse nominare eredi in maggior numero che non abbia nominato. Su questa intenzione del testatore non deve sorger dubbio; ciò deriva chiaramente dalle parole, *si constaret, voluisse plures eum heredes pronuntiare*; nel dubbio, quando pure si trovino istituiti eredi in numero minore di quelli che il testatore abbia prima dichiarato di voler istituire, non si deve presumere che egli abbia avuto una tale intenzione seria. Nel nostro testo si suppone un testamento orale al compimento del quale il testatore sia stato impedito da subitanea morte. Nulla mancava alla forma del testamento, posto che il testatore aveva dichiarato in modo e in una lingua intelligibile la sua ultima volontà davanti ai testimoni espressamente

si ricorderanno ancora benissimo di un caso nel quale lo scrittore del testamento destinato ad essere il solo erede universale aveva lasciato nel luogo ove dovea essere scritto il nome dell'erede una lacuna non mai stata riempita poi; il testamento, benchè fatto con le solennità prescritte, mancava così del requisito dell'istituzione d'erede.

96) L. 25 D. *qui test. fac. poss.*, 28, 1.

97) Il contrario è affermato dal Brunnemann, *Comm.* ad L. 25 cit., il quale però non adduce ragioni. L'opinione qui difesa è esposta con corredo di serii argomenti da Hotmano, *Schol. ad LXX* tit. *Dig. et Cod.*, Opera II, pars II, pag. 108. Della stessa opinione è il Cuiacio ad tit. Dig. *qui test. facere possunt*, h. l. in f.

chiamati, ma per la validità del testamento occorre anche che il testatore dichiari completamente la sua volontà nel riguardo della cosa principale, *quoad heredis institutionem*, altrimenti il testamento non vale neppure per la parte già espressa. Questo principio si deve senza dubbio applicare anche ai testamenti scritti che siano incompleti nel riguardo dell'istituzione d'erede [98]); soltanto occorre che la volontà del testatore di nominare maggior numero di eredi di quelli ch'egli non abbia nominati risulti dal testamento stesso, altrimenti sottentra la presunzione ch'egli abbia mutato volontà [99]).

Una simile intenzione non potrebbe esser dubbia qualora nel testamento fosse scritto: « Istituisco eredi del mio patrimonio 1.° . . . 2.° . . . Questi miei due eredi devono dividersi l'eredità in parti uguali ». Se solo sotto il numero 1 si troverà nominato un erede e non sotto il numero 2, anche il primo deve secondo il nostro testo essere escluso dall'eredità. A ciò non contraddice il principio che se il testatore attribuisca al proprio unico erede una parte determinata quello riceva ugualmente tutto [100]). Infatti, se alcuno nomina a bella posta un solo erede universale bisogna per forza che questo sia erede *ex asse*, perchè altrimenti avrebbe luogo una successione *ab intestato* per una parte; l'istituzione formalmente valida di un unico erede si riferisce dunque sempre per logica giuridica all'intero asse. Ma se invece la dichiarazione di volontà del testatore non è completa a riguardo del subietto dell'eredità, essa è una volontà giuridicamente non ancora esistente, non è per ciò possibile parlare di un completamento di essa, e si fa luogo invece alla successione intestata. Si potrebbe piuttosto ritenere contraria alla nostra opinione la nota disposizione di GIUSTINIANO, secondo la quale il testatore deve scri-

---

98) Il contrario sostiene il HOTMANO, loc. cit., sulla base della L. 29 Cod. *de testam.*, 6, 23. Vedi tuttavia ciò che sarà detto più oltre, nel testo corrispondente alla seguente nota 1, su questa legge. Del resto il HOTMANO mostra di seguire la spiegazione esatta quando dice: « postremo eo loco (L. 29 Cod.) imperfectum dicitur . . . *a ritu et solemnibus duntaxat* ».

99) HARPRECHT, *Diss.* cit. § 22 (« Opus est, ut testator in *ipso testandi actu* aliquid amplius disponere voluerit. Talia enim, quae testator in futurum suspendit . . . mutato consilio omisisse praesumitur »). Così il FABRO, loc. cit., n. 8.

100) § 5 I. *de heredib. instit.* 2, 14.

vere di propria mano il nome dell'erede, o, se ciò non gli sia possibile, nominarlo ad alta voce davanti ai testimoni, in maniera che non avverandosi ciò a riguardo di alcuno degli eredi l'istituzione di questo, ma quella e non altra, venga a cadere [1]). Nè si potrebbe opporre a questa argomentazione la circostanza che quella costituzione fu poi abolita [2]), perchè la costituzione prova sempre che non si trovò ragione per far valere pel tutto l'istituzione valida di un solo coerede, quando l'istituzione dell'altro non poteva valere. Tuttavia se anche di questo principio non si è mai dubitato in Roma, esso non deve essere scambiato con l'altro sul quale riposa la decisione della L. 25 cit. Altra cosa è infatti la mancanza di una dichiarazione di volontà completa, altra la mancanza di una dichiarazione di volontà seguìta nella forma legale. Quella rende impossibile l'esecuzione della disposizione, questa sottopone la dichiarazione difettosa alle sole conseguenze determinate dalla legge per la mancanza di forme. Ora, poichè quando l'istituzione di un coerede non può per qualsiasi motivo aver effetto la parte mancante va per diritto di accrescimento ai coeredi, GIUSTINIANO non poteva attribuire alla inosservanza delle forme da lui prescritte altro effetto che quello che effettivamente vi attribuì [3]).

I *Basilici*, XXXV, 1, 25, formano d'altronde sulla base del contenuto della L. 25 citata la regola generale che se il testatore perda

---

1) L. 29 C. *de testam.*, 6, 23.

2) Nov. 109 c. 9. Vedi sopra § 1415 del *Commentario*.

3) Confr. CUIACIO ad L. 25 Dig. *qui test. fac. poss.* 28, 1; la spiegazione però non è soddisfacente, perchè essa in sostanza consiste nel dire che il caso della L. 25 sia diverso dal caso della L. 29 Cod. cit., quella parlando di una nuncupazione incompleta, questa di una scrittura completa *ratione voluntatis,* senza però preoccuparsi di dire quale sia la differenza fra una dichiarazione di volontà incompleta dal lato della volontà stessa e una incompleta dal lato della solennità, che è poi ciò che importa sopra tutto. Confr. sopra nota 98. Anche nella Glossa di ACCURSIO *non futuros* ad L. 25 Cod. *Qui test. fac. poss.,* 6, 22 si trovano riferite molte opinioni sulla conciliazione di questo testo colla L. 29 Cod. *de testam.* 6, 23, ma in modo così incompleto che non se ne guadagna nulla per la spiegazione di essa. L'opinione giusta è difesa invece da BARTOLO ad L. 29 Cod. *de test.,* n. 2 e, senza però che ricordi la L. 25, dal POTHIER, *Pandectae Just.* tit. *qui test. fac. possunt,* n. XXIV nota *l* pag. 173.

la favella prima di aver detto tutto quello che voleva dire la disposizione non deve valere in alcuna parte[4]). Se ciò fosse vero, l'istituzione d'erede, come ogni altra parte del testamento, dovrebbe cadere anche se il testatore avesse voluto disporre ancora di un legato e ne fosse stato impedito da un accidente. Questa conclusione è ammessa infatti da alcuni scrittori moderni ed è difesa in particolare con molta diffusione dal MERENDA[5]), il quale la dichiara anche, appoggiandosi al BOLOGNINO, opinione comune[6]); ma per tale non può certo ammettersi, almeno pei tempi posteriori. Gli argomenti, che si adducono a sostegno di questa opinione, possono ridursi a uno solo: tutte le parti di una dichiarazione di volontà appartengono alla sua integrità, fin che adunque manca qualche cosa di ciò che il testatore voleva dire la disposizione non si può ritenere completa[7]). Questi però sono argomenti semplicemente logici,

---

4) « Si quis cum multa dixisset vellet alia dicere obmutuerit, ne ea quidem quae ante dixit ullius momenti sunt ». Versione FABROT.

5) MERENDA, *Controversiae iuris*, lib. IV, cap. 48.

6) Loc. cit. n. 4.

7) Si citano anche dei testi in appoggio di questa opinione, ma per poter dire che essi provino qualche cosa bisogna già nell'interpretazione di essi supporre l'opinione come vera. Così il MERENDA si appoggia alla L. 26 Cod. *de testam.*, 6, 23, nella quale è detto soltanto che anche le disposizioni a titolo di legato devono essere espresse in modo intelligibile ai testimoni, cosa della quale nessuno ha mai dubitato. Egli cita anche la L. 9 Cod. *qui test. fac. poss.*, 6, 22, nella quale è detto che un furioso può testare durante un lucido intervallo, e che alla validità non nuoce il fatto che il testatore sia morto furioso, se l'atto di testare fu consumato e, s' intende sempre, se il testamento sia valido in tutti gli altri riguardi. Ma qual'è il testamento consumato? È questo il punto che il MERENDA con vera petizione di principio vuol decidere fondandosi sulla L. 9 Cod. cit. Quello però che proprio non si comprende si è il significato della citazione della L. 21 § 1 D. *qui test. fac. poss.*, 28, 1 fatta dal MERENDA, loc. cit. n. 2, n. 4 in fine. Secondo questo testo qualunque mutamento essenziale di una disposizione testamentaria non può farsi che con una nuova disposizione testamentaria (*Si quid post factum testamentum mutari placuit omnia ex integro facienda sunt*), ad eccezione soltanto delle disposizioni semplicemente dichiarative, come per esempio a riguardo di un legato equivoco e indeterminato, le quali sono valide anche senza la forma del testamento. Ma in quale rapporto sta tutto ciò col principio che una dichiarazione di volontà incompleta per ciò che riguarda i legati porti seco anche l'invalidità dell'istituzione d'erede? Certamente non è possibile dare una risposta soddisfacente a questa domanda.

ma con essi non si risponde ancora alla questione, quando un atto giuridico si debba considerare come giuridicamente completo. Piuttosto sarebbe il caso di argomentare così: per l'esistenza giuridica di un testamento è necessaria l'istituzione d'erede, ma non è necessario altro che questa, perocchè, come dice PAPINIANO, *testamentum vires per institutionem heredem accipit* [8]). È vero bensì che la volontà del testatore non può essere adempiuta quando egli sia impedito dal dichiarare anche soltanto un punto accessorio di minima importanza; ma si crede forse di rispondere meglio alla sua volontà col dichiarare nulla l'intera disposizione? A questa domanda si dovrebbe rispondere negativamente anche nel caso che il testatore volesse nominare un secondo od un terzo erede e ne fosse impedito da subitanea morte, perchè è già certo che egli voleva nominare il primo erede istituito e inoltre si deve secondo la logica giuridica ammettere che il testatore voglia attribuire eventualmente il tutto a ciascuno degli eredi ogni qual volta non limiti il *ius accrescendi*. Ma poichè l'istituzione d'erede è la parte essenziale del testamento, così non è possibile secondo la logica e il diritto ammettere la validità di questo finchè il testatore non abbia dichiarato la propria volontà in modo completo.

Se però la dichiarazione di volontà è incompleta soltanto riguardo ai legati si ha allora: *a*) una disposizione che anche nell'intenzione del testatore è completa sul complesso del patrimonio; *b*) una disposizione che giuridicamente costituisce la parte essenziale del testamento e colla quale cadono anche le altre disposizioni di esso [9]). Ma poichè inoltre non può essere ammesso che il testatore abbia voluto far dipendere la validità dell'istituzione d'erede da quella dei legati [10]), l'opinione opposta non potrebbe conciliarsi nè con

8) L. 10 Dig. *de iure codicill.*, 29, 7.

9) L. 1 f. D. L. 13 Dig. *de iure cod.*, 29, 7.

10) Perchè il legato è sempre soltanto una *delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit* (L. 116 pr. D. *de legatis*, I, 30). Secondo la disposizione del testatore l'erede deve adunque avere l'intero e il legato non è che una diminuzione della quota di lui. Per quanto grande possa essere la diminuzione di questa quota per parte dei legatarii, l'intenzione del testatore però non può mai essere stata quella di postergare il diritto di eredità al legato o di far dipendere la validità di questo dalla validità di quella.

quella volontà nè con un'applicazione logica delle regole di diritto, onde si è piuttosto autorizzati ad interpretare la regola *cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locunt habent* [11]) nella sua applicazione ai testamenti in questo senso: viceversa però può la parte fondamentale del negozio benissimo esistere ancorchè le parti accessorie non abbiano valore [12]).

3.° Merita ancora una speciale considerazione il caso che il testatore volesse aggiungere all'istituzione d'erede una condizione e poi abbia tralasciato di farlo. Qui sembra che vi siano due testi contradittori. Il primo è la L. 9, § 5 D. *de heredibus instituendis* 28, 5 di ULPIANO libro V *ad Sabinum*:

« Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc pro non instituto putat (Sed si conditionem addidit, dum nollet, detracta ea heredem futurum, nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est, quam sententiam et ipse, et nos probamus) ».

Il secondo è una costituzione di GIUSTINIANO nell'anno 531 [13]):

« Si testamentum ita scriptum inveniatur: *ille heres esto secundum conditiones infra scriptas*, si quidem nihil est adiectum, neque aliqua conditio in testamento posita est, supervacuam esse conditionum pollicitationem sancimus, et testamentum puram habere institutionem. Et argumento utimur, quod PAPINIANUS respondit: *Vicos reipublicae relictos, qui proprios fines habebant, non ideo ex fideicommisso minus deberi, quod testator fines eorum, et certaminis formam,*

---

11) L. 178 D. *de regulis iuris*, 50, 17.

12) HOTMANUS *ad. dict.* L. 25 *verb.* « Denique sola primi gradus institutio testamenti substantia et firmamentum est, substitutio autem, et legata, et fideicommissa, externa sunt et accidentia, quae sine subiecti interitu et adesse et abesse possunt. Ut mihi quidem dubium esse non possit, *quod falsa nostrorum opinio sit, qui idem de legatis putarunt esse ius, quod his Servius in pluribus heredibus statuit* ».

13) *VI Kal. Aug. post consulatum Lampadii et Orestis.* Per questa data come per l'inscrizione *Johanni praef. praetorio* e pel contenuto di essa la costituzione si ritiene per una delle *quinquaginta decisiones*, per esempio dal DUARENO ad tit. Dig. *de her. inst.*, cap. 3. *Opera*, pag. 337 *b*. — BRUNNEMANN ad h. l. — Il MERILLIO nelle sue *Commentationes ad L. decisiones* non la enumera invece fra esse.

quod celebrari singulis annis voluit, alia scriptura se declaraturum promisit, ac postea morte praeventus non fecit [14]). Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit, tunc videri ab initio conditionalem esse institutionem, et sic omnia compleri, tanquam si testator ipsas institutiones eisdem conditionibus copulasset, quae infra conscriptae sunt ».

La maggior parte degli interpreti hanno cercato di conciliare questi due testi o mediante l'interpretazione o mediante la critica. Alcuni però sono d'opinione che una conciliazione non sia possibile e perciò ritengono che la legge 8 Cod. citata si debba intendere nel senso che GIUSTINIANO decida con essa una questione agitata tra i giureconsulti nel senso contrario all'opinione di MARCELLO riferita nelle Pandette [15]).

Questo concetto è confermato da un richiamo all'insegnamento di PAPINIANO, oltre di che dal modo come ULPIANO ne tratta appare già che la questione apparteneva alla casistica dell'antica giurisprudenza e che non mancavano diversità di opinioni. E nulla prova in contrario il fatto che GIUSTINIANO non faccia neppur menzione di MARCELLO nè dica in generale di voler decidere una questione discussa [16]), perchè è sempre assai fallace l'argomentare da simili espressioni se si volesse decidere una questione controversa o meno. Tuttavia il concetto di una antinomia fra Digesti e Codice può sempre sembrare poco accettabile anche se si parta dal concetto che il testo del Codice risolvesse un'antica disputa, perchè in ogni modo i compilatori non avrebbero dovuto essere in dubbio sull'opinione da accogliere sui Digesti. In generale poi non deve ammettersi una antinomia ogni qual volta è possibile una conciliazione e questo è

---

14) Il responso di PAPINIANO si trova quasi identico nella forma nella L. 77 § ult. Dig. *de legatis*, II, 31.

15) Vedi DUARENO, loc. cit. — BRUNNEMANN, *Comm. ad L. 8 Cod.* cit., n. 1.

16) A questa circostanza dà una particolare importanza il FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXV, err. 9, n. 7, sebbene egli sia di opinione che la decisione di GIUSTINIANO sia fondamentalmente diversa da quella di MARCELLO e di ULPIANO. Ma dell'interpretazione di lui ci occuperemo in seguito. Intanto citiamo come suo seguace il HEISE (pr. F. G. KORTHOLT). *Diss. de eo quod iustum est circa condicionem quam testator inserere destinavit, neque tamen inseruit*. Giessen 1766, § 11.

proprio il caso. I tentativi di conciliazione sono varii e per la maggior parte si trovano esposti nella Glossa di ACCURSIO [17]): qui basta enumerare solo i seguenti [18]):

a) Il testo delle Pandette parla di un caso nel quale è fuori di dubbio che la volontà del testatore era espressa in modo incompleto, è certo cioè che avrebbe dovuta essere aggiunta all'istituzione d'erede una condizione; questa certezza invece manca nel testo del Codice [19]). Il motivo per il quale quella condizione non fu poi aggiunta è spiegato in diversi modi: ora si suppone che il testatore sia stato sorpreso dalla morte prima di poter esprimere la condizione [20]), ora si suppone che da ciò lo abbia impedito un errore od una svista [21]). Quest'opinione non solo ha per sè in sostanza il maggior numero di seguaci, ma anche gli argomenti più forti; torneremo ad occuparcene tra breve.

b) MARCELLO non dice che l'istituzione d'erede sia nulla, ma soltanto che essa non vale come il testatore avrebbe voluto, cioè essa vale come istituzione pura anzichè come istituzione condizionata [22]). Questa spiegazione contradice tanto alle espres-

---

17) Glossa *putat* ad L. 9 § 5 Dig. *de her. inst.*, 28, 5, Glossa *puram* ad L. 8 Cod. *de inst. et subst.*

18) Un'opinione di un glossatore, che qui non merita di essere considerata più da vicino, è che nel caso della L. 8 Cod. cit. il testatore abbia detto: *heres esto secundum condiciones infra scriptas*, in quello della L. 9 § 5 cit. invece *heres erit secundum condiciones infra scriptas*. Vedi la Glossa *puram* ad L. 8 Cod. cit. Dovremo invece trattenerci più oltre di una particolare opinione del LEYSER e del KORTHOLT che per non rompere la connessione dell'esposizione noi non abbiamo potuto enunciare prima.

19) Quest'opinione che fra i glossatori fu difesa principalmente da Giovanni BASSIANO (vedi Glossa *Codicis*) è difesa anche dal CUIACIO ad tit. Dig. *de her. inst.* h. l. *Opera*, I. 1093 ediz. Napol. da PEREZ, *Praelectiones in Codicem tit. de inst. et subst.*, n. 9. — MANZIUS, *De testamento valido et invalido*, tit. VII qu. 12. — BRUNNEMANN ad L. 9 D. *de her. inst.*, n. 7 (vedi sopra nota 15). — HOFACKER, *Principia iuris civilis Romani germanici*, II, § 1326 n. 1. — WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano) § 19 e in generale dalla maggior parte dei moderni. Confr la mia *Doctrina Pandectarum*, III, § 646 nota 3.

20) Vedi la Glossa «vel dic morte praeventus non addidit, non institurus sine condicione».

21) Vedi CUIACIO, WESTPHAL e altri.

22) Glossa Accursii. «Est pro non instituto, scilicet sic ut destinavit, sed

sioni letterali della legge che c'è da meravigliarsi come essa sia stata inventata e più ancora come abbia potuto essere seguìta da un giureconsulto di mente così precisa quale il DONELLO [23]).

c) MARCELLO aveva un'opinione che GIUSTINIANO rigetta nella sua costituzione, ma neppure ULPIANO l'accoglie, anzi si deve ritenere ch'egli la respinga, anche perchè nella L. 2 D. *de heredibus instit.* 28, 5 egli respinge un'opinione analoga dello stesso MARCELLO [24]). Non a torto però osserva il FABRO che sulla fine del testo si trova invece un'espressa conferma di questa opinione [25]) perchè le due frasi contrapposte, se una condizione voluta non sia stata espressa, e, se la condizione espressa non sia stata voluta, sono così strettamente collegate fra loro che non si può fare a meno di riferire ad ambedue la dichiarazione *quam sententiam et ipse, et nos probamus.* Si aggiunga anche che il caso della L. 2 D. *de heredibus inst.* 28, 5 è essenzialmente diverso. In esso è detto che se il testatore istituisca parecchi eredi *ex partibus, quas adscripsero,* l'istituzione deve, secondo MARCELLO, esser nulla se poi non siano state determinate le parti, al modo stesso che se il testatore avesse detto *si iis partes adscripsero.* ULPIANO osserva in contrario che in ambedue i casi l'istituzione d'erede vale come se gli eredi fossero stati istituiti in parti uguali. E questa conclusione riposa anche su una buona ragione, perchè gli eredi sono in sostanza istituiti puramente, la loro qualità di eredi non dipende affatto dalla grandezza della quota ereditaria a loro attribuita, e in dubbio non si deve ammettere che il testatore abbia voluto ciò, neppure se abbia espresso la sua intenzione di determinare le quote in modo che possa interpretarsi come una condizione [26]).

---

pure », o, com'è detto più chiaramente nella Glossa Cod.: « non est heres ut voluit testator, scil. sub condicione, sed pure ».

23) DONELLO, *Comm. de iure civili,* lib. VI, cap. 21 § 25.

24) Glossa di ROGERIO e di ROFFREDO in Accursio *ad Digesta*: « vel haec est opinio Marcelli, *quae non tenet,* ut in simili casu supra L. 2 *de her. inst.* ».

25) FABRO, *Errores pragmaticorum,* dec. XXXV, err. 9 n. 4 in fine. — KORTHOLT, ad HEISE, loc. cit., § 12.

26) Vedi B. CHIESI, *Interpretationes iuris,* lib. I, cap. 4 n. 6 seg. nella *Jurisprudentia romana et attica* di EINECCIO, t. II, pag. 27 seg. Piuttosto artificioso sembra il fondamento che ULPIANO, seguendo CELSO, adduce della

Ho detto in dubbio, perchè se è volontà evidente del testatore che l'istituzione d'erede non sia completa finchè non siano determinate le quote, anche Ulpiano ammette che si debba aspettare fino a quel momento [27]), anzi egli non esita ad affermare che l'istituzione d'erede sia sempre invalida quando il testatore si riferisca ad una qualunque altra manifestazione di volontà, ch'egli dica già fatta, per ciò che riguarda le quote [28]). Non si può dunque dire certamente che

---

sua decisione, *quasi duplici facta institutione*, che cioè la disposizione deve interpretarsi così: « se io darò delle disposizioni sulle quote gli eredi dovranno dividere secondo le disposizioni, altrimenti essi erediteranno a parti uguali ». Antonio Fabro però trova che l'ammettere una duplice istituzione nelle stesse parole è così ridicolo e contradittorio, che una simile decisione non si può spiegare che come un emblema di Triboniano (*Errores pragmaticorum* dec. XXXV, err. 10, n. 3 seg.). Ma egli non spiega in modo soddisfacente che cosa potrebbe avere occasionato un simile mutamento; noi dovremmo dunque ammettere, come per molti altri casi di pretese interpolazioni, che Triboniano sia stato spinto ad esso soltanto per l'amore dei mutamenti arbitrarii e artificiosi. Del resto bisognerebbe avere un troppo alto concetto della diligenza e dell'acume dei compilatori per ammettere anche soltanto la metà delle interpolazioni che il Fabro attribuisce loro.

27) « Si voluntas defuncti non refragatur ».

28) L. 2 § 1 D. *de her. inst.* 28, 5. « Potest autem interesse, utrum ita quis scribat: *ex his partibus, quas adscripsi*, an: *adscripsero*, ut superiori modo dicas, nullis adscriptis partibus, nullam esse institutionem, quomodo in illo Marcellus: *ex his partibus, ex quibus testamento matris scripti fuissent, heredes sunto*; si intestata mater decesserit, hos non esse institutos ». Anche qui secondo il Fabro, loc. cit., n. 10 seg., appare la mano correttrice di Triboniano. Secondo lui il riferimento a determinate parti può chiamarsi con Marcello una condizione: *a*) quando alluda a una determinazione futura di parte; *b*) quando sia fondato sulla determinazione di parte già fatta da un terzo; in caso diverso esso non è che una *falsa demonstratio*, la quale non nuoce però. Triboniano invece ha negato senz'altro che il primo caso non sia una condizione ed ha trattato come identici i due ultimi casi. Ma anche questa decisione si giustifica benissimo. Il rinvio ad una divisione futura ammette sempre la spiegazione: se io farò delle parti esse devono esser seguìte. Nel rinvio ad una distribuzione di parti già fatta vi è sempre invece un errore del testatore quando tale distribuzione non sia stata fatta e per ciò la dichiarazione del testatore appare in ogni caso assai mal sicura. Si può anche dire che qui sono date agli eredi delle parti che non esistono; questa determinazione per ciò è nella più stretta colleganza coll'istituzione stessa. Al contrario la semplice riserva di determinare delle parti non è connessa immediatamente all'istituzione e il testatore può anche sempre rinunciare alla sua intenzione di ordinare delle parti. Ond'è che neppure Ulpiano si con-

ULPIANO nella L. 2 citata discordi dall'opinione di MARCELLO da lui riferita nella L. 9, § 5; quel testo contiene anzi la prova fondamentale che egli concordava con MARCELLO per riguardo alla condizione dell'istituzione voluta effettivamente dal testatore.

Un'opinione particolare è quella di Antonio FABRO [29]. Egli part dal principio giusto che la volontà del testatore deve essere tenut. sempre come norma regolatrice ogni qual volta nasca la questione se certi difetti nuocano o no alla validità del testamento: il testo delle Pandette contiene secondo lui la seguente applicazione di questo principio: se il testatore aveva deciso di aggiungere una condizione, ma poi l'ha tralasciata a bella posta, l'istituzione vale; se invece egli ha perseverato nella sua volontà essa non vale. La prima affermazione è contenuta, secondo lui, nelle parole *tantundem* ..... *putat,* la seconda nelle altre *sed si conditionem,* ecc., soltanto si deve correggere la lezione cancellando il *non* davanti a *instituto* e ponendolo invece nel periodo seguente dopo *condicionem*, in maniera che il testo suoni così:

« Tantundem Marcellus tractat et in eo, qui conditionem destinans inserere, non addidit; nam et hunc *pro instituto* putat. Sed si conditionem *non* addidit, dum nollet detracta ea heredem futurum (cioè se la condizione non è stata aggiunta, ma il testatore non l'abbia tralasciata a bella posta e sia invece rimasto fermo nella

---

traddice, come afferma il WESTPHAL nel passo che qui sotto citeremo, quando dice alla L. 36 Dig. *de her. inst.*, 28, 5: « Si quis ita scripserit heredem: *ex qua parte codicillis Titium heredem scripsero, heres esto,* etiamsi pars in codicillis non fuerit adscripta, erit tamen heres, quasi sine parte institutus ». Perchè è ben chiaro che il futuro anteriore è usato qui in luogo del futuro semplice e che si ha qui una semplice riserva di determinare le parti come nella L. 2 *eod.* Confr. DUARENO, *ad tit. de her. inst.*, cap. 3. — CHIESI, *Interpretationes iuris*, lib. I, cap. IV, n. 12 seg. in EINECCIO, *Iurisprudentia romana et attica,* II, pag. 29 seg. — POTHIER, *Pand. iust. tit. de her. inst.*, n. XXXVIII, nota *e* t. II, pag. 202. — WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 265 p. 189-92.

[29] *Errores pragmaticorum,* dec. XXXV, err. 9. Questa spiegazione non si può neppur chiamare un tentativo di conciliazione, perchè l'opinione del FABRO viene a dire che la costituzione di GIUSTINIANO contiene, se non a bella posta per la grande ignoranza di TRIBONIANO, una decisione diversa che il testo delle Pandette.

volontà che l'erede non debba essere tale senza condizione), nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est ».

Il FABRO trova nelle parole *tantundem* MARCELLUS *tractat* la ragione principale a sostegno di questa correzione per effetto della quale le due parti del testo vengono ad avere un significato del tutto diverso da quello che hanno, secondo la lezione comune a tutti i manoscritti e a tutte le edizioni [30]). Quelle parole significano, secondo lui, che in quell'ultimo caso deve valere lo stesso che nel precedente. Certamente. Ma che cosa è detto per quel caso? MARCELLO dice che la volontà sicura del testatore deve essere preferita alla lettera del testamento, e perciò l'erede deve ottenere soltanto la quota che veramente gli si voleva lasciare sebbene nel testamento ne sia scritta una maggiore. La stessa cosa è detta nella prima parte del testo quando si conservi la lezione ordinaria, mentre colla correzione proposta dal FABRO bisogna supporre che il testatore abbia mutato la sua volontà [31]). Altrettanto infondato quanto questa critica è il rimprovero fatto a TRIBONIANO, che questa volta non è il rimprovero di una interpolazione, ma quello di avere evidentemente frainteso MARCELLO. Egli avrebbe dovuto, secondo il FABRO, esprimere nella L. 8 Cod. cit. il principio che quando il testatore abbia revocato la sua volontà di apporre una condizione l'istituzione è valida; invece è stato espresso il prin-

---

30) Egli aggiunge anche che le piccole particelle talvolta cadono per trascuranza dallo scrittore, e questo gli si concederà volentieri, anzi non si può negargli lode per avere con molto acume trovata la ragione che spiega la caduta del *non* nel secondo periodo e fattone anche talvolta buon uso, la ragione cioè che nel manoscritto fosse scritto *condic. non addidit* e che questo fosse assai facilmente tradotto *condicionem addidit*. Un altro argomento accessorio è che *nuncupatum* non possa riferirsi ad una formula di condizione (*formulam enim habet condicio, non nomen*), ma solo all'erede. Ma può la frase *nec nuncupatum videri, quod contra voluntatem scriptum est* significare che l'erede nominato contro la volontà del testatore non deve considerarsi istituito?

31) « Nam et hoc casu id ipsum scriptum esse videtur, quod testator voluit, quia licet ab initio destinaret inserere conditionem *cum tamen postea nullam addiderit, non alia de causa fecisse credendus est, quam quia nec addere voluerit* ». È quasi enigmatico come si possa con tali presupposti trovare ancora GIUSTINIANO degno di biasimo. Vedi contro l'interpretazione del FABRO anche il KORTHOLT, *Diss.* cit. § 16.

cipio del tutto privo di senso che anche se il testatore dichiari di istituire alcuno erede sotto la condizione ch'egli aggiungerà, l'istituzione vale ugualmente senza condizione: MARCELLO avrebbe certamente risolto questo punto in un modo del tutto diverso. Noi non vogliamo disputare su ciò che avrebbe fatto MARCELLO, ma certo è che se egli avesse voluto dire ciò che gli mette in bocca il FABRO avrebbe dovuto esprimersi in tutt'altra maniera, perocchè altrimenti egli meriterebbe non meno dell'imperatore GIUSTINIANO e del suo ministro il rimprovero di aver usato un'espressione non solo indeterminata, ma anche contradicente al concetto stesso ch' egli voleva esprimere [32]).

Non può essere passata sotto silenzio un'altra opinione, la quale alla pari di quella del FABRO non può essere annoverata fra i tentativi di conciliazione e nella quale anzi neppur si menziona la L. 8, Cod. cit.; ma essa spiega invece la L. 9 § 5 in un modo, che con tanta sicurezza si afferma esclusivo di ogni dubbio da non poter restare inosservato. Tale spiegazione è esposta da B. CHIESI [33]), come un insegnamento però del suo troppo lodato maestro Nicola BONAPARTE [34]). Quest'opinione in sostanza viene a dire che se il testatore voleva dire di più che non abbia detto, ciò che manca deve esser supplito, come, per es., se voleva istituire l'erede puramente e aggiunse per svista una condizione; se invece abbia detto più di quello che voleva, per es. voleva istituire l'erede sotto condizione e lo istituì puramente, la disposizione è del tutto nulla. Questa prova della dottrina e dell'acume di R. BONAPARTE avrebbe potuto essere risparmiata alla posterità. Lasciando anche andare che qui in maniera molto contraddittoria è detto di quello che ha aggiunto per errore una condizione che egli abbia detto meno che non volesse, si può sempre domandare come

32) Per non stancare il lettore tralascio di occuparmi di ciò che dice il FABRO sul riferimento a PAPINIANO, che a suo parere non è esatto. Loc. cit. n. 11 seg. Mostreremo più oltre quanto di comune col presente argomento contenga il caso deciso da PAPINIANO.

33) CHIESI, *Interpr. iuris,* lib. II, cap. XLVIII in EINECCIO, *Jurispr. Rom. et Attica,* II, pag. 238 seg.

34) Vedi su questo CHIESI, *Interpretationes iuris,* lib. I, c. 47, 49, loc. cit., pag. 237, 261.

possa, secondo questa regola, giustificarsi la precedente decisione di Marcello, che nel caso di indicazione erronea di una quota di eredità più elevata si debba considerare indicata soltanto la più bassa cui era diretta la volontà del testatore. Come si può conciliare con ciò la decisione di Giustiniano nella L. 8, che pure è considerata in ogni caso come diritto vigente? Sarebbe del resto assai facile dimostrare con un argomento *ab absurdo* la piena inammissibilità di questo così detto principio; quanto abbiamo detto però ne sembra sufficiente.

Se ora esaminiamo la questione degli effetti della mancata aggiunta delle condizioni volute dal testatore sotto un punto di vista generale, ci si presenta la possibilità di una duplice soluzione. Si potrebbe dire in primo luogo che le condizioni sono determinazioni accessorie del negozio e una mancanza di esse non può per ciò avere influenza nella disposizione principale [35]; si potrebbe invece pensare, in secondo luogo, che la condizione di una istituzione d'erede è strettamente collegata con questa e ne forma una parte essenziale e che il testatore vuol lasciare la sua eredità all'erede soltanto sotto quella data condizione, di guisa che, se veramente tale fu l'intenzione del testatore, senza di quella non esiste alcuna istituzione.

Astraendo dunque dalla nota regola che le condizioni impossiblli si hanno per non aggiunte nelle disposizioni di ultima volontà, regola che però in un dato diritto positivo potrebbe altrettanto convenientemente essere sostituita dall'opposta, come dall'altra che l'inesistenza della condizione non impedisce la *vis rumpendi* del testamento, certamente è anche opinione dei Romani che la condizione e la disposizione che ne dipende siano da considerare come un tutto indivisibile [36].

---

35) Confr. Sell, *Die Lehre von der möglichen Bedingungen* (Teoria delle condizioni possibili, ovvero parte II dei Saggi di diritto civile), § 8 pag. 41, dove si ricerca in simil modo la ragione del principio per cui nei testamenti le condizioni impossibili si hanno per non apposte e quindi la disposizione principale vale come pura.

36) L. 17 D. *de condit. instit.* (28, 7): « . . . conditio . . . *occupabit institutionem* ». — L. 26 in f. *eod.* « . . . conditione expleta pro eo est, quasi pure ei hereditas vel legatum relictum sit ».

Anche il nostro testo delle Pandette ne contiene una testimonianza evidente e si può certamente considerare come una regola ancora applicabile quella che l'istituzione d'erede non valga, quando il testatore voleva aggiungere ad essa una condizione e poi non lo fece. Certamente questa regola non è mai stata oggetto di dubbio, neppure per parte di GIUSTINIANO. La disputa nasce però sul punto di sapere in qual tempo essa nacque. Coloro che interpretavano tutto rigorosamente stavano attaccati alla volontà del testatore di aggiungere una condizione e richiedevano una revoca chiaramente espressa di quella volontà per ammettere la validità della disposizione pura. Altri invece invocavano anche qui il noto *favor testamentorum* e la regola:

« Cum in testamento ambigue, aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est » [37]).

Certo è che nella L. 8 Cod. *de instit. et substit.*, sia essa o no una delle *quinquaginta decisiones*, GIUSTINIANO decideva una questione sulla quale non vi era concordia d'opinioni, schierandosi, come il più spesso, per l'opinione più equa. Il contenuto sostanziale della sua costituzione si può riprodurre così: anche la dichiarazione di voler aggiungere condizioni all'istituzione d'erede non nuoce alla validità di questa quando questa sia poi espressa incondizionatamente e non si trovino nel testamento menzionate altre condizioni che ad essa possano riferirsi; in tal caso deve ammettersi che il testatore abbia cambiato la volontà nel riguardo delle condizioni da aggiungere [38]). Tuttavia parecchi scrittori sono d'opinione che il testo non si riferisca alle condizioni vere e proprie e che la parola *conditiones* abbia qui il significato di altre determinazioni accessorie e anche di *modus* [39]). Un'apparente conferma di questo concetto si ha nel richiamo che GIUSTINIANO fa di un responso di PAPINIANO nel seguente

---

37) L. 24 (25) D. *de rebus dubiis* 34, 5 (MARCELLUS, lib. XI Dig.).

38) Vedi C. R. ab OESTERGA, *Comm. in leg. Cod.* ad h. l.

39) Così il LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, sp. 351 med. 7 seg. e più diffusamente KORTHOLT, *Diss.* cit., § 17-21. In simil modo cerca di spiegare il testo anche CONNANO, *Comm. iuris civilis*, lib. X, cap. VI n. 8 in f.

caso. Un testatore ha legato a una città certi *vici* [40]), riservandosi di determinarne poi meglio i confini e la forma dei giuochi che in essi dovranno celebrarsi ogni anno, ma prima di poter far ciò è stato colpito da morte. PAPINIANO è di opinione che ciò non nuoca alla validità del legato, perchè i beni hanno ugualmente i loro confini e per ciò esistono tutti i requisiti essenziali del legato. Ora qui certamente non si parla di condizione. A questa interpretazione però possono farsi le seguenti obiezioni. In primo luogo dalle parole finali del testo appare con tutta certezza che l'imperatore pensava a condizioni vere e proprie, cioè a determinazioni dalle quali gli effetti del negozio venivano sospesi [41]). Inoltre quando vi ha una dichiarazione di volontà incompleta è indifferente se ciò da cui il testatore voleva far dipendere gli effetti dell'istituzione d'erede sia condizione o onere o qualunque altra determinazione, per es., determinazione di parti. Se è sicuro che il testatore non riteneva perfetta l'istituzione fin che non fosse avvenuta quella maggior determinazione, essa non deve neppur valere prima [42]).

Per quanto importante adunque apparisse la differenza tra le condizioni e le altre determinazioni accessorie, come ad es. la determinazione di parti, GIUSTINIANO tuttavia poteva benissimo per stabilire il principio che in dubbio la dichiarazione di voler aggiungere delle condizioni deve ritenersi revocata invocare la decisione di PAPINIANO, la quale infine non poteva significare se non che, quando tutto è chiaro e intelligibile nel testamento, una dichiarazione del testatore che egli ha intenzione di fare una qualche altra disposizione non può nel dubbio esser presa in considerazione. Certamente anche PAPINIANO non poteva voler dire di più, non ostante che il responso dica che il testatore fu impedito dalla morte di mandare ad esecuzione il suo progetto. Infatti non si può mai avere la piena certezza che il testatore avrebbe veramente messo ad esecuzione il suo progetto se avesse vissuto. Ma dalle circostanze poteva essere apparso probabile che solo la morte

---

40) Sul significato dei *vici* vedi CUIACIO, *ad Papiniani responsa*, lib. VIII.

41) L. 8 in f. C. *de instit. et subst.*: « Sin autem conditiones quasdam in quavis parte testamenti posuit, tunc videri *ab initio conditionalem esse institutionem* ».

42) L. 2 D. *de heredib. inst.* (Vedi nota 27).

ne lo avesse impedito e per ciò la questione era stata posta come se questa fosse cosa indubitata. Se dunque qui la decisione dovea fondarsi su un principio sicuro e capace di troncare ogni dubbio non si potevano tenere in considerazione quelle circostanze, ma il giureconsulto doveva rispondere in modo generale come rispose.

Ma con tutto ciò non è in contradizione la L. 9 § 5 Dig. *de heredibus instit.* 28, 5: ed è questo appunto che noi vogliamo dimostrare.

Ulpiano tratta nella prima metà della L. 9, cioè dal principio al § 7, di casi nei quali le cose scritte nel testamento non concordano con la volontà del testatore; in tutti questi casi egli decide che la lettera del testamento debba sempre cedere alla volontà del testatore, anzi che questa debba sempre essere eseguita quando l'errore non è essenziale, o quando la volontà vera sia in qualche modo contenuta nel testamento. Di questo principio egli fa le seguenti applicazioni: 1.° quando nel testamento sia nominata erede una persona diversa da quella che il testatore aveva in mente l'istituzione non vale affatto, nè per l'erede nominato, perchè questo non era l'erede voluto, nè per l'erede voluto, perchè questo non è stato nominato [43]). Lo stesso accade quando sia per errore nominata una cosa diversa da quella che il testatore voleva nominare [44]). Invece si deve seguire la volontà del testatore quando l'errore si riferisca soltanto alle determinazioni quantitative, sia che nel testamento sia stata scritta una quota maggiore di quella che il testatore voleva [45]), sia che ne sia stata scritta

43) L. 9 pr. D. *de heredib. instit.* — L. 3 D. *de rebus dubiis* 34, 5: « Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur ». C. G. Hübner ad tit. *de reb. dub. comment.*, pag. 131 in f. segg., e la mia *Decisione del caso di eredità* Staedel, pag. 35 e seg.

44) L. 9 § 1 D. *de heredib. inst.*, 28, 5.

45) L. 9 § 2 *eod.*: « Sed si non in corpore erravit, sed in parte, puta si, quum dictasset, ex semisse aliquem scribi, ex quadrante sit scriptus, Celsus lib. XII Quaestionum posse defendi ait, ex semisse heredem fore, *quasi plus nuncupatum sit,* minus scriptum (vedi anche nota 47); *quae sententia rescriptis adiuvatur generalibus.* Idemque est, et si ipse testator minus scribat, quum plus vellet adscribere ». Quest'argomentazione però non sembrava del tutto sicura; ciò ne è provato dalla citazione delle autorità varie e gravi sulle quali si cercò anche di fondare la decisione.

una minore [46]). Quando poi ULPIANO segue nel § 5: *tantundem Marcellus tractat et in eo*, ecc. ciò non si deve riferire soltanto alle ultime decisioni riguardanti la determinazione erronea di quantità, ma a tutta la trattazione precedente. Seguono infatti esempi di casi nei quali la disposizione non vale affatto perchè la volontà del testatore non è stata espressa e di casi nei quali invece si deve eseguire ciò che il testatore ha voluto. Noi vogliamo esaminare prima di tutti un caso dell'ultima specie [47]), quello nel quale per un semplice errore sia stata espressa una condizione che il testatore non voleva; in tal caso l'istituzione si considera come pura, perchè essa è scritta e la determinazione accessoria è qui qualche cosa di superfluo,

---

46) L. 9 § 3 *eod.*: « Sed si maiorem adscripserit testamentarius vel *quod difficilius est probatione,* ipse testator, ut pro quadrante semissem, Proculus putat ex quadrante fore heredem, *quoniam inest quadrans in semisse;* quam sententiam et Celsus probat (§ 4). Sed et si quis pro centum ducenta per notam scripsisset, idem iuris est; *nam et ibi utrumque scriptum est, et quod voluit, et quod adiectum* est; quae sententia non est sine ratione ». In modo analogo argomenta ULPIANO, richiamandosi a GIULIANO, nella L. 27 § 3 Dig. *de receptis,* 4, 8: « Quando di tre giudici uno abbia riconosciuto il debito di 15, l'altro di 10 e il terzo di 5, deve prestarsi quest'ultima somma, perchè 5 è compreso nei 10 e nei 15, ovvero *quia in hac summa omnes convenerunt.* Così anche qui l'erede istituito per errore in una somma superiore deve ricevere la somma inferiore, perchè questa è sempre contenuta nel più. Gli ammiratori senza riserva dei giureconsulti classici veggano come essi giustificano talvolta anche le decisioni giuste. Che non occorra ricorrere a così cattivi argomenti per giustificare queste, è cosa che fu rettamente osservata anche dall'AVERANI, *Interpretationes iuris,* libro IV, cap. 16 n. 1. Egli però dal canto suo non sa dare altra spiegazione che questa: *errorem in quantitate non vitiare.* Meglio si può dire che se l'istituzione d'erede considerata in sè è senza difetto, un'erronea espressione usata nell'indicare la quota non può considerarsi un errore essenziale più di un qualunque altro errore di espressione o di designazione. Vedi per esempio § 29, 30 I. *de legatis,* 2, 20. Importa dunque semplicemente di sapere se si possa addurre la prova dell'errore e quella della vera volontà del testatore, prova che naturalmente deve esser fatta da colui che invoca la volontà del testatore contro le parole usate nel testamento.

47) Appartiene a questa categoria anche il caso addotto nella L. 9 § 7. Il testatore ha intenzione di nominare due eredi, ma invece del primo erede ne nomina due, Primo e Secondo, e poi un terzo: l'istituzione non deve in tal caso valere affatto per Secondo. La prova però che questa istituzione non fosse voluta dal testatore è nella massima parte dei casi assai difficile.

di maniera che, se questo si può dimostrare, nulla manca alla dichiarazione della volontà vera del testatore [48]). Certamente è difficile immaginare come possibile un simile errore, specialmente in questo modo, che alcuno istituisca parecchi eredi, l'uno sotto condizione, l'altro puramente, e la formola della condizione sia aggiunta in modo tale che secondo il nesso grammaticale essa dovrebbe riferirsi ad ambedue gli eredi [49]). Ciò conduce il giureconsulto ad un caso nel quale l'istituzione stessa si deve considerare come inesistente: *idem tractat et si testamentarius* (cioè colui che scrive il testamento dettatogli dal testatore) *contra voluntatem testatoris conditionem detraxit, vel mutavit, heredem non futurum, sed pro non instituto habendum* [50]). Qui è detto precisamente che il testatore ha espresso una condizione e lo scrivano o non l'ha scritta o l'ha scritta diversamente, precisamente come si è già detto in uno dei testi sopra citati (nota 45) a proposito delle parti, che siano state scritte diversamente da come erano state dettate. Si potrebbe forse considerare questa una spiegazione della espressione indeterminata contenuta nel principio del § 5 secondo la quale l'erede non dovrebbe considerarsi istituito quando il testatore abbia manifestato l'intenzione di aggiungere una condizione e poi non l'abbia fatto. Non vi è però ragione per limitare la decisione di MARCELLO a questo solo punto e si può anche ammettere come regola pratica che se l'intenzione del testatore è decisamente diretta all'aggiunta di una condizione all'istituzione d'erede questa non vale se la condizione non si trova espressa. Nell'applicazione di questa regola vi erano delle diversità di opinioni e

48) La parola *nuncupatum* usata qui, L. 9 pr. § 5 e nella L. 9 § 2 non può intendersi nel senso che il testatore abbia espresso la sua volontà oralmente e questa sia stata male trascritta, essa indica invece evidentemente la solennità della *nuncupatio* nel testamento per mancipazione (GAIO, II, 104); è la nuncupazione o dichiarazione solenne del testatore che le *tabulae* contengono la sua ultima volontà, deve dunque riferirsi alla vera volontà del testatore, non alla semplice lettera della scrittura.

49) Per esempio A deve essere mio erede sotto una data condizione e B nello stesso modo. Se però dalle altre parti del testamento o da altre dichiarazioni del testatore appaia che B deve essere istituito puramente, l'istituzione deve valer come tale.

50) L. 9 § 6 D. *de her. instit.*, 28, 5.

sebbene MARCELLO stesso insegnasse che le espressioni dubbiose non dovevano in dubbio nuocere alla validità del testamento [51]), si deve però ammettere, secondo le interpretazioni conservateci altrove dello stesso giureconsulto [52]), che egli avrebbe deciso il caso della L. 8 Cod. cit. in modo diverso dall'imperatore. Se pertanto colla costituzione di GIUSTINIANO si è stabilito qualche cosa di nuovo, ciò non tocca tuttavia il principio, ma soltanto la sua interpretazione ed applicazione. La disposizione dell'imperatore si può esprimere così come principio giuridico: una semplice dichiarazione del testatore di voler fare una data disposizione [53]) non deve essere osservata ogni qualvolta il fatto ch'egli non abbia poi disposto si possa interpretare come indizio ch'egli abbia cambiato opinione. Una simile interpretazione è sempre possibile anche quando il testatore sia stato impedito dal mandare ad esecuzione il suo progetto da una morte subitanea. Ciò che egli ha espresso è sicuro, invece non si può stabilire con sicurezza quello che egli avrebbe fatto se avesse avuto il tempo di mandare ad esecuzione la volontà da lui manifestata. Se però fosse indubitato che il testatore non aveva cambiato volontà, in tal caso anche GIUSTINIANO non avrebbe potuto decidere diversamente [54]). Suppongasi per es. che il testatore si riservi la facoltà di aggiungere delle condizioni alle istituzioni; queste poi non si trovano aggiunte, ma in un altro luogo del testamento è detto: se non si avvererà la condizione sotto la quale ho istituito erede A gli sostituisco B. È chiaro che in tal caso la volontà prima manifestata non è mutata e perciò l'istituzione d'erede non può valere. Chi potrebbe dubitare che GIUSTINIANO avrebbe deciso diversamente questo caso? La sua legge non contiene il minimo argomento per sostenere il

---

51) L. 24 D. *de reb. dubiis* 34, 5. Vedi note 37.

52) L. 2 pr. D. *de hered. instit.*, 28, 5.

53) È indifferente poi se questo avvenisse in un altro testamento o, come nel caso riferito da PAPINIANO L. 77 § ult., in un altro scritto.

54) Con ragione osserva il FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXV, err. 9 n. 5 in f.: « Iustiniani constitutio, quantumvis generalis esse videatur, eum tamen casum proculdubio non complectitur, quo proponas illius qui destinaverat inserere conditionem, certam esse voluntatem, quod nollet institutum aliter, quam sub conditione esse heredem ».

contrario, piuttosto si può argomentare a favore dell'opinione da noi sostenuta dal fatto che secondo le parole finali del testo la condizione espressa in una qualunque parte del testamento deve avere lo stesso effetto che se fosse aggiunta immediatamente all'istituzione d'erede. Questo argomento però sarebbe per sè solo troppo debole, nè d'altra parte la nostra interpretazione ha bisogno di fondarsi su di esso.

IV. Affinchè il testamento posteriore ne rompa uno precedente, bisogna che in esso non sia preterito alcun *heres suus*.

« Si filius, qui in potestate est, praeteritus sit, et vivo patre decedat, testamentum non valet, nec superius rumpetur, et eo jure utimur » [55]).

Il testamento nel quale un postumo fosse preterito rompeva il primo, ma era rotto esso stesso per agnazione di postumo [56]). Così parimente anche i testamenti semplicemente rescindibili mediante la querela d'inofficioso testamento o mediante la *bonorum possessio contra tabulas* rompevano il precedente perchè prima della rescissione essi valevano come testamenti perfetti [57]). Secondo il diritto della novella 115 però non può negarsi la forza di rompere neppure un testamento nullo per preterizione di un *suus heres* perchè la nullità di simile testamento è sempre semplicemente relativa e l'effetto di essa per conseguenza non si manifesta subito, precisamente come nel caso di un testamento nel quale sia stato preterito un postumo, ma dipende dalla circostanza se al momento della delazione dell'eredità l'erede necessario leso faccia o no ostacolo alla validità del testamento [58]). Nella pratica adunque la violazione del diritto degli eredi necessari non può considerarsi più come un motivo che tolga al testamento la forza di rompere il precedente. Tuttavia sarà ancora necessario a questo punto esaminare più da vicino un testo che sta

55) L. 7 Dig. *de liberis et postumis her.*, 28, 2. Vedi § 1421 *h* del *Commentario*, pag. 531 del volume precedente.

56) Vedi L. 12 pr. Dig. h. t. pag. 529 seg. del volume precedente.

57) Vedi pag. 809 del volume precedente.

58) Anche di ciò è già stato trattato sopra al § 1425 *b*, pag. 809 e § 1425 *c*, pag. 829 seg. del volume precedente e si sono addotte le ragioni. Cfr. anche ciò che è stato detto ivi a sostegno del sistema della derogazione, pag. 840 seg.

nella più stretta colleganza colla parte più difficile del diritto di successione necessario al tempo dei giureconsulti delle Pandette e ha sempre richiamato in massimo grado l'attenzione dei moderni scrittori. È questa la L. 12 § 1 D. *de bonorum possessione contra tabulas* 37, 4 che già abbiamo esaminato in vari altri passi di questo *Commentario* [59]).

« Gaius *Lib. XIV ad Edictum provinciale.* Si prius testamentum exstet iure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus recte petet bonorum possessionem, si remoto quoque filio potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes; et ita ius habet, ut, quum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit obtinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit obtinere hereditatem, filius quoque excludatur ».

Non vi sono lezioni diverse che abbiano una influenza sul senso del testo. Nei *Basilici* le parole *remoto filio* sono riprodotte secondo la versione del Fabroto con le altre *non exsistente filio* e le parole seguenti *amoto filio* con *si filius non esset.* Tutta la seconda parte del testo dalle parole *et ita ius habet* sino alla fine così suona secondo la versione sostanzialmente esattissima del Fabroto:

« *Generaliter* enim, quoties is, contra quem petitur bonorum possessio contra tabulas, poterat, si filius non esset, omnino hereditatem obtinere, tunc quoque filius adversus ipsum bonorum possessionem petere potest, si vero ille remoto quoque filio omnino hereditatem obtinere non poterat (o alla lettera, si non poterat etiam sine filio, s. non existente filio hereditatem omnino habere), filius quoque a bonorum possessione contra tabulas excluditur » [60]).

Fra gl'interpreti merita essere nominato sopra tutti il Koch perchè

---

59) Vedi il vol. precedente pag. 532 nota 10 e pag. 844 nota 23.

60) *Basilici,* XL. III, 11. Il Koch, *Bon. possessio,* pag. 364, crede che il traduttore greco non abbia dato alcuna spiegazione e aggiunge al *generaliter* un punto interrogativo. Non ostante però i piccolissimi cambiamenti di parole gli autori dei *Basilici* non solo parafrasano esattamente questo testo, ma anche portano qualche contributo alla sua migliore intelligenza, come vedremo in seguito.

egli fa una enumerazione abbastanza completa delle varie opinioni su questo testo accompagnata da una critica però poco fondata [61]).

In sostanza qui è ammessa un'eccezione alla regola nel testo stesso riconosciuta, che soltanto mediante un testamento perfetto possa essere annullato un testamento precedente. In che cosa consista questa eccezione non è difficile determinare in generale. Quando in un precedente testamento perfetto sia stato diseredato un figlio, ben inteso nel modo prescritto dalla legge perchè altrimenti il testamento non sarebbe perfetto, e in un secondo testamento imperfetto il figlio stesso sia stato preterito, a questo spetta una *bonorum possessio contra tabulas* contro il secondo testamento pel caso che gl'istituiti in esso potessero ottenere una *bonorum possessio* efficace in base al medesimo, qualora l'erede necessario preterito non potesse opporsi a loro. La *bonorum possessio contra tabulas* si dà dunque soltanto contro un testamento in base al quale si potrebbe chiedere la *bonorum possessio secundum tabulas* se nel medesimo non fossero stati violati i diritti degli eredi necessari [62]). Ma l'erede nominato in un secondo testamento imperfetto non otteneva di regola una *bonorum possessio* efficace contro l'istituito nel primo testamento perfetto, perchè questo non era rotto, e così non si veniva neppure in aiuto all'erede necessario preterito nel secondo testamento, questi non aveva altro mezzo impugnativo che la querela d'inofficioso testamento contro il primo testamento [63]). Soltanto se nell'ultimo fossero istituiti gli eredi intestati prossimi, nel primo essi fossero stati esclusi o preteriti, quello rompeva questo, secondo il diritto pretorio (vedi la trattazione sotto il numero II a pag. 236 seg.).

---

61) Nello scritto sulla *Bonorum possessio* il commento di questo testo occupa più di 60 pagine, da 361 a 422, e le opinioni degli altri scrittori vi si trovano riferite da pag. 393 a 420. Alcune delle opinioni da lui non riferite si trovano nel Chiesi nel passo citato alla seguente nota 72. Non occorre portare argomenti per giustificare come nella trattazione seguente debbano riferirsi soltanto le opinioni più notevoli, perchè quasi ognuno dei numerosi scrittori su questo testo esprime qualche idea particolare.

62) Vedi il volume precedente pag. 536 nota 18 e pag. 622 non che i testi e gli scrittori citati ivi alla nota 7, ai quali però è da aggiungere Francke, *Notherbenrecht, etc.* (Diritto degli eredi necessari), pag. 133 seg.

63) Vedi § 1422 pag. 678 n.° 2 del vol. precedente.

Sembra una cosa molto probabile che il testo di GAIO si debba riferire appunto a questo caso e il senso di esso sarebbe allora il seguente: se l'erede necessario fu diseredato legittimamente in un primo testamento perfetto e preterito in un secondo imperfetto, fatto cioè soltanto colle forme pretorie, egli può domandare la *bonorum possessio* contro quest'ultimo testamento quando in esso siano istituiti gli eredi intestati prossimi, perchè in questa ipotesi agli eredi istituiti sarebbe concessa una *bonorum possessio* efficace *ex secundo testamento*. Infatti il testo è inteso così dalla maggior parte degli interpreti, a partire dai Glossatori [64]), fino all'ultimo scrittore su questo argomento Francesco FOESTER [65]). *Testamentum iure factum* è dunque un testamento fatto colle forme civili, *testamentum imperfectum* quello cui tali forme mancano, ma in base al quale il pretore dà una *bonorum possessio secundum tabulas* [66]), e nel caso presente eccezionalmente, perchè in esso sono istituiti gli eredi intestati prossimi. Alcuni però intendono qui per *testamentum imperfectum* qualunque testamento in base al quale il pretore dà la *bonorum possessio secundum tabulas*, siano in esso istituiti gli eredi intestati od altri. Quest'opinione è difesa dal MARANO [67]) e dal KOCH [68]). È vero che nella legge non si parla espressamente del diritto speciale della L. 2 D. h. t. [69])

---

64) Glossa ACCURSII, filius, ad h. l. Anche BARTOLO così esprime il senso di questo testo nella *Summa* ad h. l.: « Per secundum testamentum in quo filius est praeteritus, si in eo sunt scripti venientes ab intestato, rumpitur primum ».

65) *De bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum*, pars II, § 128-130. Confr. anche BACHOVIO ad § 6 I. *quibus modis test. inf.*, n. 4. — POTHIER, *Pand. Iust. tit. de bon. poss. contra tab.*, n. XVI nota *a* a pag. 564, il quale enuncia le due eccezioni contenute nella L. 2 D. h. t., se cioè il testamento imperfetto sia fatto *iure militari*, o se sia istituito in esso l'erede intestato. La prima però non riguarda il nostro argomento, sia perchè il testamento militare vale come testamento perfetto, sia perchè alla validità di simile testamento non nuoce neppure la preterizione degli eredi necessarii.

66) Confr. il volume precedente pag. 532, nota 10 e il § 1426 pag. 177, nota 63 di questo volume, non che il paragrafo presente n. I.

67) G. MARANO, *Paratitla ad Pandectas tit. de bon. poss. contra tab.*, Opera, pag. 694, Tolosae 1667.

68) KOCH, *Bon. poss.*, pag. 367, § 3, pag. 381 seg. § 14.

69) « . . . nisi . . . in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest; tunc enim et posteriore non perfecto superius rumpitur ».

e certo non senza ragione dice il MARANO che se GAIO avesse avuto dinnanzi agli occhi soltanto quel diritto avrebbe potuto nominarlo brevemente e precisamente invece di servirsi di una espressione generale ed equivoca [70]). Si sfugge anche per tal modo benissimo ad un'altra difficoltà, alla questione quali siano gli eredi intestati istituiti, perchè il prossimo è certamente il figlio preterito. Su questa questione però torneremo fra breve. Quanto a me sono d'opinione che il testo sia da limitare al solo caso di testamento imperfetto per mancanza delle forme solenni, che acquista la *vis rumpendi* per l'istituzione degli eredi intestati e di questa mia opinione esporrò più oltre i motivi; pur non di meno è inesatto ammettere che un testamento pretorio abbia avuto la forza di distruggerne uno fatto colle solennità civili in caso diverso da quello di istituzione degli eredi intestati. La prova di ciò è già stata addotta sopra al n. II, p. 236 e seg. e io non ho che a rimandare ivi [71]).

Ancor più si allontanano dall'opinione comune coloro che ammettono che per *testamentum imperfectum* s'intenda qui il testamento nel quale è preterito un erede necessario. Sono da nominare fra questi in particolare B. CHIESI [72]) e Augusto Federico SCHOTT [73]). Fra le opinioni di questi due vi sono però tali diversità che ciascuna deve essere esposta a parte.

Il primo argomenta nel seguente modo: La *bonorum possessio contra tabulas* può esser data soltanto contro un testamento vero e proprio; ora il così detto *testamentum posterius imperfectum* a favore degli eredi intestati non è un testamento, ma un codicillo *ab intestato* [74]) e a questo non può certamente riferirsi il testo. Ma neppure può essersi riferito ad un secondo testamento nel quale il *suus heres* sia stato preterito, perchè simile testamento non può rompere il

70) « . . . si de venientibus ab intestato Jurisconsultus sensisset, promtius fuerat id nominatim dicere, quam ambigua et longa locutione uti ».

71) FOERSTER, loc. cit. § 130, nota 31 pag. 397.

72) CHIESI, *Interpretationes iuris*, lib. I, cap. 6 nella *Jurisprudentia romana et Attica*, t. II, pag. 43 seg.

73) *Commentatio de testamento posteriore imperfecto prius perfecto haud rumpente*, cap. VI, pag. 67-71.

74) Contro quest'opinione mi sono già espresso diffusamente sopra a pag. 247. Così cade il fondamento di questa argomentazione.

primo. Deve dunque ammettersi che il figlio preterito fosse un emancipato. In questo caso il primo testamento era rotto *ipso iure* dal secondo, questo però poteva esser rescisso colla *bonorum possessio contra tabulas* e per ciò GAIO lo chiama un *testamentum imperfectum* [75]). Il KOCH dice che questa è una spiegazione veramente misera e che GAIO sarebbe stato il più crasso ignorante se avesse concepito il caso in tal modo, perchè non avrebbe allora potuto sorgere il minimo dubbio sul fatto che il secondo testamento doveva rompere il primo [76]). Questo riconosce anche il CHIESI, ma la sua spiegazione è tuttavia insostenibile, perchè altrimenti si dovrebbe fare il rimprovero all'autore del testo di aver esposto come qualche cosa di particolare un principio che deriva dai concetti più noti del diritto, una vera trivialità in altre parole.

Lo SCHOTT parte dalla premessa che il giureconsulto non si occupa affatto qui del principio secondo il quale un testamento imperfetto a favore degli eredi intestati ne rompe uno precedente perfetto, ma parla soltanto del diritto dell'erede necessario preterito; l'espressione *testamentum imperfectum* deve per ciò riferirsi qui soltanto al testamento incompleto per preterizione di un erede necessario. Se si ammetta che nel secondo testamento non siano istituiti gli eredi intestati, esso sarà nullo se l'erede necessario preterito sia un *suus*, non ostante che siano state osservate tutte le solennità. Diversamente vanno le cose se il preterito sia l'emancipato, non potendo questa preterizione togliere al secondo testamento la capacità di distruggere il primo. Il pretore si trovò spinto per ciò, secondo lo SCHOTT, ad accordare anche al *suus* il diritto che già competeva all'emancipato di annullare colla *bonorum possessio contra tabulas* il testamento posteriore nel quale fosse stato preterito, limitatamente però al solo caso che nel secondo testamento fossero istituiti gli eredi intestati.

Tutta questa esposizione è fondata su una rara confusione circa il concetto del testamento imperfetto. Per *testamentum imperfectum* s'intende soltanto un testamento imperfetto per la preterizione di

---

75) Loc. cit., n. 20-24.
76) Loc. cit., pag. 401.

un erede necessario, e invece lo SCHOTT non ha saputo liberarsi dal concetto da lui stesso svolto nella prima parte della trattazione che esso sia un testamento che possa ricevere forza soltanto per l'istituzione degli eredi intestati. È poi del tutto illogico e incongruo ammettere che il pretore desse ai *sui* il diritto degli emancipati, e limitare, non ostante, l'impugnabilità mediante la *bonorum possessio contra tabulas* al solo caso che siano istituiti gli eredi intestati, per tacere qui di altri concetti sotto più riguardi erronei o per lo meno assai male espressi [77]), i quali provano in ogni caso che l'autore non conosce bene i principii della successione pretoria e i rapporti di questa colla civile.

Altri punti discussi fra gli interpreti potranno esser trattati convenientemente solo dopo che io avrò esposto la mia opinione sul testo in generale.

Se il secondo testamento non era difettoso per la forma o se in conseguenza di un principio di diritto particolare era considerato esteriormente perfetto, come il così detto *testamentum posterius imperfectum*, esso rompeva il primo quando in questo non fosse preterito un *heres suus*, perocchè in quest'ultima ipotesi tal forza gli mancava [78]). L'erede necessario puramente pretorio preterito in un simile testamento si trovava per ciò in condizioni migliori, perchè il primo

---

[77]) Appartiene a questi anche l'espressione che il *test. posterius imperfectum* vale *ipso iure*, loc. cit., pag. 69, colla quale egli vuol dire che vale giuridicamente come se fosse un testamento perfetto, ma solo al fine di render possibile la concessione di una *bonorum possessio*. Il KOCH, op. cit., pag. 405 nota 4, osserva a questo luogo: « Il mio egregio amico con questa sola affermazione ha dato prova di non avere studiato a fondo la materia della *bonorum possessio* ».

[78]) L. 7 Dig. *de liberis et postumis*, 28, 2. Anche negli scritti che spiegano o toccano per incidenza il nostro testo si trova del resto talvolta l'affermazione che anche un testamento siffatto rompesse il precedente, perchè il pretore dava in base ad esso una *bon. poss. secundum tabulas*. Ma questa affermazione riposa su uno scambio fra *bon. poss. cum re* e *bon. poss. sine re*, nè qui è necessario, dopo quanto fu già detto sopra a pag. 531 del volume precedente e pag. 290 del presente volume, addurre ancora nuovi argomenti a sostegno dell'opinione che un testamento nullo per preterizione di un *suus heres* non potesse avere la *vis rumpendi*. Ciò che dice a questo proposito il KOCH, loc. cit., pag. 394 § 15, si può dunque ritenere così confutato a sufficienza.

testamento era rotto e contro il secondo egli poteva domandare la *bonorum possessio contra tabulas*. Ma che un'applicazione conseguente dei principii del diritto di successione pretoria conducesse a risultati certamente non voluti, perchè ponevano l'erede civile in una condizione peggiore dell'erede pretorio, era cosa che non poteva durare. Tuttavia si seppe il più spesso trovare il mezzo di togliere certe ineguaglianze che si potrebbero chiamare le inconseguenze interne di un sistema giuridico, sia limitando l'erede pretorio al diritto più ristretto dell'erede civile [79]), sia estendendo a questo la condizione più vantaggiosa di quello [80]). Il caso presente è appunto un caso dell'ultima specie. Una disuguaglianza così evidente non poteva passare inosservata nè priva di rimedio; onde nacque la regola che Gaio espone nella seconda metà del testo: quante volte gli eredi istituiti nel secondo testamento avrebbero un diritto efficace contro gl'istituiti nel primo, se non ostasse a loro il diritto di un erede necessario, il primo testamento deve considerarsi rotto anche per gli eredi necessari, vale a dire questi possono domandare la *bonorum possessio contra tabulas* contro il secondo testamento. Che questa regola debba la sua origine alla giurisprudenza sembra risultare dalle parole introduttive *et ita ius habet* e dalla sua stessa concezione. E questa poi è tale che mal si comprende come non si voglia riconoscerne la validità generale, vale a dire applicarla a tutti i casi nei quali ciò è possibile, e come invece per non intenderla in modo generale, si ammetta in modo del tutto arbitrario che Gaio abbia espresso due volte lo stesso principio, mentre egli invece comincia dall'esporre un caso di applicazione di una regola generale che subito dopo enuncia.

Così il testo si divide in due parti, che sono necessariamente collegate fra loro, senza che tuttavia l'ultima possa considerarsi come una ripetizione della prima. Ed è ciò che ora dimostreremo.

1) Gaio prende le mosse da questo caso speciale: in un testamento valido civilmente è stato diseredato giustamente un erede ne-

---

79) Gaio, II, 124-126.

80) Come esempio della specie si può addurre anche la L. 20 pr. Dig. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4. Vedi pag. 624 del vol. precedente.

cessario, il quale invece è stato preterito in un testamento valido solo per diritto pretorio. Nessun dubbio che l'espressione *testamentum imperfectum* si possa usare per qualunque testamento difettoso e *testamentum iure factum* per qualunque testamento non difettoso, che per conseguenza la prima espressione si possa anche riferire ad un testamento che non può valere per violazione del diritto degli eredi necessari, e la seconda ad uno valido perchè di questi fu tenuto il debito conto [81]). Più di frequente però quelle espressioni si riferiscono alle solennità esteriori, massime quando esse sono, come qui, contrapposte; che ciò poi sia avvenuto in questo testo è provato dalla formulazione dell'intero passo. Le parole *quo filius exheredatus est* e *in quo praeteritus sit filius* non possono essere considerate facilmente come una determinazione delle parole precedenti, con altre parole non possono esser considerate come il motivo pel quale nell'un caso il testamento sia *iure factum*, nel secondo *imperfectum*; la traduzione loro più naturale è la seguente: « se il figlio sia stato diseredato in un testamento completo, preterito in uno incompleto [82]) ». Pertanto nella prima parte del nostro testo non si fa che applicare il noto principio che il testamento pretorio rompe il precedente testamento civile solo se in esso, il pretorio, siano istituiti gli eredi intestati, al caso che nel medesimo sia anche preterito un erede necessario. Noi non vogliamo ancora ricercare qui come ciò sia possibile, posto che l'erede necessario è anche l'erede intestato prossimo, ma solo di passaggio diremo che il risultato è che se nel primo testamento completo l'erede necessario fu diseredato giustamente, nel secondo incompleto fu preterito, egli ha contro l'ultimo la *bonorum possessio* quando in mancanza di lui gli istituiti in quest'ultimo sarebbero chiamati alla successione come eredi intestati prossimi.

2) A questa decisione fa seguito il principio generale sul quale essa riposa, il quale però abbraccia naturalmente anche altri casi. Il giureconsulto segue cioè: « E così è giusto [83]) che l'erede neces-

---

81) Vedi sopra § 1426 pag. 77 nota 63, pag. 79 nota 74.

82) Koch, loc. cit. pag. 367 seg. § 4.

83) Il Koch, loc. cit., pag. 377 § 13, crede che le parole *et ita ius habet* significhino qui lo stesso che il nostro « per questi motivi » (*von Rechtswegen*)

sario preterito abbia la *bonorum possessio contra tabulas* quando senza il suo intervento l'erede istituito potrebbe ottenere l'eredità, altrimenti no». Il caso pratico al quale ognuno certamente penserebbe è il seguente: il secondo testamento non ha alcun difetto; chiunque sia istituito in esso, estraneo o erede intestato, il primo testamento sarebbe sempre rotto se non fosse stato preterito l'erede necessario. Questa circostanza impedisce, secondo il diritto civile, la *ruptio* (L. 7 Dig. *de liberis et post.* 28, 2), ma il pretore dà all'*heres suus* la *bonorum possessio* contro l'ultimo testamento al modo stesso che all'erede necessario semplicemente pretorio, che la potrebbe domandare perchè non ostante la sua preterizione il primo testamento è rotto *ipso iure* dal successivo. Questo risultato è ammesso dal Koch [84]), senza però ch'egli adduca a sostegno alcun argomento nè generale, nè particolare, perocchè il testo di Gaio deve, secondo lui, trattare soltanto del caso che il secondo testamento sia valido semplicemente secondo la forma pretoria. Da ciò, secondo la sua premessa, che in un tal testamento non fosse necessaria l'istituzione degli eredi intestati, si argomenterebbe *a maiori* quel risultato; sebbene neppur ciò egli dica espressamente. Ma poichè quella premessa è falsa la semplice concordanza di risultati appare meramente casuale e non basta ad escludere il rimprovero che anche il Koch abbia frainteso il testo. Se Gaio avesse avuto qui dinanzi agli occhi il semplice testamento pretorio in contrapposto al civile, il testo apparirebbe insopportabilmente tautologico e prolisso; quello che avrebbe potuto e dovuto esser detto con poche parole sarebbe non solo detto due volte, ma anche con parole tali che avrebbero dovuto essere fraintese se veramente si avesse avuto in mira solo quel caso. Colla nostra interpretazione invece quasi tutte le espressioni hanno il loro preciso significato. Il giureconsulto prima applica la regola a

---

alla fine delle decisioni. Ciò si potrebbe anche al caso ammettere se seguisse poi la decisione finale. Ma quelle parole formano soltanto il passaggio al principio seguente, il quale secondo il Koch invece dovrebbe necessariamente considerarsi una ripetizione del precedente. Certo i *Basilici* censurati dal Koch danno invece il senso esatto del testo. Vedi nota 85.

[84]) Loc. cit., pag. 420-22. Parte VII.

un caso pratico, poi ripete la regola in forma generale [85]): e a chi volesse obiettare che non si trova alcuna traccia del secondo caso di applicazione si potrebbe rispondere che con tal ragionamento un principio generale di diritto pel quale non si potesse addurre che un solo caso d'applicazione nelle leggi non dovrebbe più aver valore; eppure non pochi sono i principii giuridici di tale specie. Qui però si può anche aggiungere che una regola come quella che espone Gaio era necessaria per evitare l'inconseguenza che l'erede necessario pretorio potesse avere un maggior diritto d'impugnare il testamento che non l'erede necessario civile, e per questa necessità appunto dobbiamo ammettere che essa non sia mancata nel sistema dell' antica giurisprudenza [86]).

Dopo queata spiegazione, alla quale difficilmente potranno opporsi obiezioni sostanziali, noi dobbiamo toccare ancora alcuni punti che più o meno sono collegati colla retta intelligenza del testo.

1) L'espressione *filius exheredatus* o *praeteritus* indica soltanto un *suus* [87]) o soltanto un emancipato [88]), o si riferisce ad ambedue le specie di erede necessario, il pretorio e il civile? Per quest'ultima opinione si sono dichiarati i più [89]) e per essa sta anche l'argomento che la parola *filius* è di portata generale e che il diritto della *bonorum possessio contra tabulas* si applica ad ambedue le specie di erede necessario. Pur nondimeno io credo che Gaio si riferisse soltanto a un *filius suus*; e ciò perchè il primo principio vale anche per gli emancipati, non potendo un secondo testamento valido semplicemente per diritto pretorio distruggnre il precedente testamento

---

85) Giustamente per ciò l'autore dei *Basilici*, così entra ad esporre il secondo principio: perchè *in generale* colui che, ecc.

86) Anche Antonio Schulting, *Notae ad Digesta*, h. 1., tomo VI, pag. 17, sembra essere di questa opinione. Pur troppo però egli non si spiega con maggior precisione limitandosi a notare alle parole *si remoto... scripti heredes*: «Qui possunt habere bonorum possessionem secundum tabulas cum re, non vero ab intestato proxime praecise».

87) Marano, loc. cit., pag. 693 seg.

88) Vedi per esempio Chiesi, loc. cit., n. 21, n. 24. — Sartorio, *Diss. de bonorum possessione quam contra tabulas parentum liberi agnoscunt*, pag. 39, nota *g*, ciascuno però per diverse ragioni.

89) Vedi Koch, loc. cit., pag. 371 § 7, pag. 395 seg. — Foerster, *De bon. poss. contra tabulas*, II, § 130 nota 30 pag. 396.

civile altrimenti che se in esso siano istituiti gli eredi intestati, ma nella sua formulazione generale invece la regola non ha un significato che pel *suus*, essendo il principio che essa esprime intuitivo per gli emancipati [90]).

2) Fin qui abbiamo sempre ammesso che nel primo caso considerato dal nostro testo sia richiesta soltanto l'istituzione di quegli eredi intestati, che sono i prossimi dopo l'erede necessario preterito. La Glossa invece così configura il caso: di più figli uno è preterito, gli altri sono istituiti nel secondo testamento [91]). Il Fabro ritiene che questo sia il solo caso possibile e così configura il fatto complessivo: nel primo testamento erano stati diseredati tutti i figli, nel secondo uno fu preterito e gli altri istituti eredi dal padre [92]). L'ipotesi però si può concepire come un caso di possibile applicazione del diritto singolare del *testamentum posterius imperfectum* [93]) solo se s'immagina che nel secondo testamento fossero istituiti i soli eredi intestati prossimi: abbiamo visto anche sopra (pagina 251 seg.) che dovevano essere istituiti *tutti* gli eredi intestati prossimi, quindi nel caso com'è configurato dal Fabro e dalla Glossa mancherebbe uno dei requisiti della validità di simile testamento. Si aggiunga che questa interpretazione non concorda neppure colle parole del testo. Il giureconsulto parla in origine di un solo figlio, che era stato diseredato nel primo testamento: è dunque molto arbitrario sostituire all'uno più figli, poi supporre anche che alcuni di essi fossero istituiti nel secondo testamento. Infine questa interpretazione è anche esclusa dalla dichiarazione ripetuta due volte che il primo testamento si considera rotto quando gli eredi istituiti nel secondo otterrebbero l'eredità dopo l'esclusione dell'erede necessario (*remoto* o *amoto filio*). Evidentemente questi sono eredi successivi agli

---

[90]) Questo nesso fondamentale della regola di Gaio è riconosciuto fra tutti gli interpreti a me noti dal solo Marano. Il Koch però pensa che il Marano «abbia senza necessità ammesso un favore e un *ius singulare* pel *suus* del tutto infondato e paradossale». — Loc. cit., pag. 399 seg.

[91]) Glossa Accursii, *sed tamen distinguitur* ad h. l.

[92]) Fabro, *Errores pragmaticorum*, dec. XXXVII, err. 2, 3, e *Coniecturae*, lib. 19.

[93]) Koch, loc. cit., pag. 366.

eredi necessari e invece, secondo il FABRO, dovrebbero essere concorrenti con questi [94]). Dobbiamo dunque ammettere che il diritto del *testamentum posterius imperfectum*, stabilito in origine a favore degli eredi necessari, sia stato esteso oltre i suoi limiti originari a favore anche dei prossimi dopo l'erede necessario [95]).

3) Stando alla lettera di una dichiarazione dello SCHOTT gli istituiti nel secondo testamento non potrebbero mai ottenere l'eredità in base al testamento [96]). Comunque ciò s'intenda però, è facile provare il contrario col testo stesso, perocchè in questo è detto chiaramente che gl'istituiti debbano esser tali che otterrebbero l'eredità se a loro non facesse ostacolo il diritto dell'erede necessario preterito [97]). È indifferente il motivo pel quale l'erede necessario non faccia loro ostacolo, sia la morte di lui prima di far valere il suo diritto, sia la rinuncia o il trascorso del tempo stabilito per la petizione [98]). Ma non deve neppur essere trascurato qui il caso che l'erede necessario non sia mai esistito, benchè non si possa allora naturalmente parlare dell'applicazione del caso della legge. La regola acquista dunque di chiarezza se la si esprime così: se gli eredi istituiti nel secondo testamento sono quelli che acquisterebbero l'eredità qualora l'erede necessario non esistesse o venisse per qualsiasi motivo a mancare, l'erede necessario ottiene anche contro questo testamento la

---

94) Vedi in ispecie CHIESI, *Interpretationes iuris*, lib. I, cap. 6 n. 17-19.

95) Confr. pag. 531 del vol. precedente

96) Egli dice nella *Commentatio*, cit. a 66: « Cave tamen credas, ex postremo hereditatem adquiri agnatis. Hoc enim non valet nisi ad infirmandum prius neutiquam vero institutis heredibus ius succedendi tribuit, quippe quod iis a filio praeterito eripitur ». Quest'ultima aggiunta rende assai dubbio il senso delle parole dello SCHOTT. Anche il FOERSTER si esprime in modo assai dubbioso (loc. cit., pag. 394) di maniera che senza l'osservazione da lui fatta alla fine del § 129 (pag. 395) si potrebbe credere che egli fosse di opinione che l'istituito nel secondo testamento non potesse ottenere una *bonorum possessio* efficace contro l'istituito nel primo, se non quando questo fosse in qualunque modo annullato.

97) Confr. KOCH, loc. cit., pag. 404 nota 2.

98) Un simile erede necessario non avrebbe infatti potuto far valere il suo diritto come erede civile, perchè egli non poteva impugnare il testamento se non coll'aiuto del pretore, in altre parole la sua *bonorum possessio* era necessaria. Vedi MARANO, *Paratitla*, loc. cit., pag. 693 seg.

bonorum possessio. Per ciò non meritano alcuna censura i Basilici per aver mutato l'*amoto* o *remoto filio* in *non existente filio* [99]. *Amoto filio* può facilmente riferirsi al semplice accompagnamento dell'erede necessario esistente, caso al quale GAIO non voleva certamente limitare la sua regola. Non era invece a temere così facilmente un malinteso se nella regola si parlava d'inesistenza del figlio, perchè s'intendeva da sè che essa si poteva applicare anche al caso che l'erede necessario fosse stato in qualunque altro modo rimosso.

Per amore di completezza occorre che aggiungiamo le seguenti osservazioni finali.

A) Fra le eccezioni alla regola per la quale soltanto un testamento perfetto può distruggerne uno precedente vanno annoverati anche i casi di sostituzione del fisco all'erede istituito in conseguenza di una dichiarazione d'indegnità di questo. Di uno di tali casi abbiamo parlato già sopra a pag. 170; un altro si trova nel seguente rescritto di A. SEVERO dell'anno 223:

« Hereditas in testamento data per epistolam vel codicillos adimi verbis directis non potuit. Quia tamen testatrix voluntatem suam non mereri unum ex heredibus suis declaravit, merito eius portio, non iure ad alium translata, fisco vindicata est. Libertates autem in eadem epistola datae peti poterunt » [100].

Lo SCHOTT intende il testo nel senso che il testatore abbia colla dichiarazione d'indegnità attribuita la quota dell'indegno come fedecommesso al fisco [1]; ma è più esatto costruire il caso in quest'altro modo: in un testamento valido erano istituiti parecchi eredi, in una scrittura diretta agli eredi, un codicillo testamentario adunque, si trova accanto ad alcuni legati di libertà una dichiarazione d'indegnità di uno degli eredi. I dubbi cui dava origine questa fattispecie sono così risolti dall'imperatore: *a*) a nessuno può esser tolta una eredità direttamente mediante un codicillo. Può esserlo invece indi-

---

[99]) Vedi sopra pag. 291. KOCH, loc. cit., pag. 374 seg. e SMALLENBURG in SCHULTING, *Notae ad Digesta*, h. l., t. VI, pag. 17 nota 1.

[100]) L. 4 Cod. *de his quae ut ind. auf.*, 6, 35.

[1]) SCHOTT, *Comm.* cit., pag. 72-73. In simil modo spiegava già il testo il BRUNNEMANN ad h. l. *Codicis*.

rettamente cambiandola in un fedecommesso imposto ad uno dei coeredi, ma simile onere fedecommessario non esiste nel caso presente, la testatrice essendosi limitata ad escludere uno dei coeredi; *b*) la dichiarazione d'indegnità ha tuttavia l'effetto che la parte dell'erede escluso vada al fisco; *c*) gli oneri imposti nel codicillo devono esser adempiuti [2]. È però erroneo il considerare la sostituzione del fisco nel luogo dell'indegno come una rottura del testamento [3]; il testamento resta in vigore e il fisco deve soltanto adempiere gli oneri testamentari in luogo degli eredi [4].

Meno ancora si potrebbe considerare, come alcuni fanno, una eccezione alla regola sopra esposta il principio che sta a base del seguente testo:

« PAULUS *Lib. III Decretorum.* Clodius — facto primo testamento, postea eundem in alio testamento inutiliter facto instituerat; scriptus heres, quum posterius putaret valere, ex eo hereditatem adire voluit, sed postea hoc inutile visum est. PAPINIANUS putabat, repudiasse eum ex priore hereditatem, ex posteriore autem non posse adire. Dicebam, non repudiare eum, qui putaret posterius valere; pronuntiavit, Clodianum decessisse » [5].

In ambedue i testamenti era stato nominato lo stesso erede. Questi adisce l'erede in base all'ultimo testamento, perchè lo ritiene valido, più tardi però si dimostra il contrario e la cosa è portata alla decisione dell'*auditorium principis.* PAOLO è di opinione che il primo testamento valga ancora perchè non si può certamente ritenere rinunciante all'eredità l'erede che volle acquistarla in base ad un testamento da lui ritenuto valido; ma gli accadde quello che può accadere anche oggi quando decidono la pluralità dei voti e le autorità, l'o-

---

2) Confr. WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 1149.

3) Nella L. 12 Dig. *de his quae ut ind.,* 34, 9 è detto espressamente: « quamvis institutio non valeat, neque superius testamentum ruptum esset ».

4) L. 60 D. *de condit. et demonstr.* 35, 1. « Fiscus iisdem conditionibus parere debet, quibus persona, a qua ad ipsum, quod relictum est, pervenit, sicut etiam cum suo onere hoc ipsum vindicat ». — L. 3 § 5 D. *ad Senatusconsultum Trebell.* 36, 1.

5) L. 97 D. *de acq. vel omitt. her.* 29, 2.

pinione giusta fu sopraffatta [6]). Qui non è il luogo di andare più a fondo della cosa; certo è però che questo testo non ha nulla a che fare colla questione della *ruptio*, perchè tutto stava nel vedere se, come appare anche dalle ragioni addotte da PAPINIANO, l'eredità *ex primo testamento* fosse stata ripudiata e così destituito il testamento stesso [7]).

B) Si domanda però: un testamento posteriore anche invalido non basterà almeno ad annullare le semplici disposizioni codicillari, posto che per annullar queste non occorre alcuna speciale solennità [8])?

Certamente la volontà dichiarata in modo preciso che i legati non debbano più valere deve essere rispettata, ma se una tale dichiarazione precisa manca riguardo ai legati è molto naturale che siano mantenute in vigore tutte le disposizioni di un testamento che non poteva esser distrutto da uno precedente. Così decide anche POMPONIO *libro I fideicommissorum* [9]):

« Si iure testamento facto fideicommissum tibi reliquero, deinde postea aliud fecero non iure, in quo fideicommissum relictum tibi vel aliud, quam quod priore testamento, vel omnino non sit relictum [10]), videndum est, mens mea haec fuerit facientis postea testamentum, ut nolim, ratum tibi sit priore testamento relictum, quia nuda voluntate fideicommissa infirmarentur [11]). Sed vix id obtinere

---

[6]) Occorre appena notare che PAOLO ha qui dalla sua la maggior parte dei giureconsulti moderni. Vedi per esempio la Glossa di ACCURSIO, *Intestatum*, ad h. l. — FABRO, *Coniecturae iuris civilis*, lib. VI, c. 19 pag. 164 *b*. — CALDERA, *Variae lectiones*, lib. I, cap. 5 nel *Thesaurus* del MEERMANN, t. III pag. 598 seg. — JENSIUS, *Stricturae ad Rom. iuris Pandectas*, Rotterdam 1849 pag. 201. Confr. però SCHULTING, *Notae ad Digesta* ad h. l. e la nota seguente.

[7]) Vedi SCHOTT, loc. cit., pag. 74, il quale nel resto aderisce all'opinione di PAPINIANO.

[8]) L. 3 § 11 Dig. *de adim. vel transf. leg.*, 34, 4, L. 27 Cod. *de fideic.*, 6, 42. Vedi sopra pag. 209, 214 seg.

[9]) L. 18 Dig. *de legatis*, III, 32.

[10]) Tanto, cioè, se nel secondo testamento sia stato lasciato un fedecommesso quanto nel caso contrario.

[11]) In origine l'annullamento non formale valeva soltanto pei fedecommessi, e per ciò sono nominati questi soli, anche pel tempo in cui già pei legati poteva l'annullamento non formale farsi valere parimenti mediante l'*exceptio*

potest, fortassis ideo, quod ita demum a priore testamento velim recedi, si posterius valiturum sit; et nunc ex posteriore testamento fideicommissum ei non debetur, etiamsi iidem heredes utroque testamento instituti ex priori exstiterunt » [12]).

POMPONIO cerca di fondare la sua decisione sulla volontà presunta del testatore e aggiunge anche come argomento accessorio che al legatario non spetta nulla neppure in base al secondo testamento. Tuttavia questo argomento non prova nulla, perchè la decisione non abbraccia il caso che al legatario non sia lasciato nulla nel secondo testamento e in tal caso male si potrebbe parlare di presunta volontà del testatore. Più facilmente e più semplicemente si esprimerebbe dunque il motivo della decisione così; se il testamento non è stato tutto abrogato in dubbio si debbono ritenere ancora in vigore le singole disposizioni di esso.

I legati cadono invece da sè se il testamento sia annullato in qualunque modo. Se pertanto in esso fossero istituiti gli eredi intestati prossimi non potrebbero i legati in esso ordinati seguitare a valere come codicilli *ab intestato*. Questo è detto da PAOLO nel libro IX delle Questioni [13]):

« Si quis testamento facto a filiis suis, quos heredes instituisset, fideicommissa reliquisset, non ut a legitimis heredibus, sed ut a scriptis testamentum aliquo casu irritum factum sit [14]) filii ab intestato venientes fideicommissa ex testamento praestare compelli non possunt » [15]).

---

doli. Confr. CHIESI, *Differentiae*, cap. XXXIV, n. 5, nella *Jurisprudentia Romana et Attica*, t. II, pag. 723 e la trattazione precedente citata alla nota 8.

12) Su questo testo vedi anche WESTPHAL, *Darstellung der Rechte von Vermächtnissen und Fideicommissen* (Esposizione della teoria dei legati e fedecommessi), parte II, § 1462.

13) L. 81 Dig. *de legatis*, II, 31.

14) *Testamentum irritum factum* non può indicare qui un testamento annullato *per capitis deminutionem*, perocchè in tal caso non potrebbe neppure esser parola di codicilli intestati; quell'espressione indica dunque un testamento annullato in generale, per esempio per distruzione materiale. Vedi CUIACIO, *Ad librum IX Quaestionum Pauli* ad h. l.

15) L. 29 Cod. *de fideic.* 6, 42: « Ex testamento quod iure non valet, nec fideicommissum quidem, *si non ab intestato quoque succedentes rogati probentur*, peti potest ».

§ 1431.

Modificazioni della regola e in particolare della coesistenza di più testamenti *).

Alla regola che un secondo testamento valido rompe completamente una disposizione precedente esiste una eccezione assoluta. Il soldato non essendo legato nel testare alla forma della *familiae mancipatio* gli effetti del suo testamento dipendono esclusivamente dalla sua volontà espressa o presunta; e come per ciò il soldato può nominarsi un erede per una parte del suo patrimonio e nel resto lasciare che si faccia luogo alla successione intestata [16]), così egli può anche disporre della sua eredità con diversi testamenti [17]) o anche mutare una prima disposizione fedecommessaria in una diretta [18]); in altre parole le sue disposizioni di ultima volontà valgono come egli vuole [19]) e per lui cade la regola *posteriore testamento prius rumpitur* [20]).

Vi sono però anche altre modificazioni vere o presunte della regola, le quali meritano pure la nostra attenzione. Esse possono ridursi a quattro classi: 1.° il contenuto del primo testamento è man-

---

*) La dissertazione di A. L. Carlo SCHMIDT (resp. SCHELLHAS), *de testamento priore posteriori derogante*, Jenae 1755, non tratta del solo caso indicato dal titolo, ma di tutti i casi dei quali sarà parola in questo paragrafo e inoltre dei motivi che ostano alla validità del testamento posteriore, in particolare anche degli effetti della clausola derogatoria aggiunta al primo testamento (vedi sopra § 1428 pag. 172 seg.), di tutto però con pari superficialità.

16) L. 6, L. 37 Dig. *de test. mil.*, 29, 1.

17) L. 19 pr. L. 36 pr. *eod.*, 29, 1.

18) L. 19 pr. cit.: « Quin imo, et si codicillos ante fecerat, poterit eos per testamentum sequens cavendo in potestatem institutionis redigere, *et efficere directam institutionem, quae erat precaria* ».

19) Confr. HUSCHKE, *Ueber die Regel « nemo, etc. »* (Sulla regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*) nel *Rheinisches Museum, etc.* (Museo Renano di giurisprudenza), vol. VI, n. VIII, pag. 326-33.

20) L. 19 pr. D. *de test. mil.*: « militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit, sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expresserit, nec superius per inferius rumpetur ».

tenuto in vigore come fedecommesso; 2.° il primo testamento mantiene pienamente il suo vigore, la disposizione posteriore sta solo in parte e come disposizione fedecommessaria; 3.° il primo testamento è restituito in vigore per opera del pretore; 4.° secondo il diritto pretorio più testamenti possono coesistere. Esaminiamo partitamente queste quattro categorie di casi.

1.° Il contenuto del primo testamento è mantenuto in vigore come fedecommesso. Questo avviene quando il testatore lo abbia ordinato [21]), e su ciò non è luogo ad osservare altro. Lo stesso avviene quando il testatore abbia istituito l'erede nel secondo testamento soltanto su oggetti determinati. Tale istituzione viene interpretata nel senso che l'istituito debba essere il solo erede, ma debba ricevere soltanto le cose o somme determinate; tutto il resto deve, in conseguenza della dichiarazione del testatore che anche la prima disposizione abbia da valere, esser restituito agli istituiti nel primo testamento.

« Marcianus *Lib. IV Institutionum* [22]). Si quis priore facto testamento posterius fecerit testamentum, etiamsi ex certis rebus in posteriores tabulas heredes instituit [23]), superius tamen testamentum sublatum est, ut Divi quoque Severus et Antoninus rescripserunt. Cuius constitutionis verba retuli, quum alia quoque praeterea in constitutione expressa sunt: Impp. Severus et Antoninus Cocceio Campano [24]). Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum

---

21) L. 12 § 1 D. h. t.: « Si *paganus*, qui habebat iam factum testamentum, aliud fecisset, et in eo comprehendisset fidei heredis committere, ut priores tabulae valerent, *omnimodo prius testamentum ruptum est;* quo rupto potest quaeri, an vice codicillorum id valere deberet. Et quum haec verba sunt fideicommissi (cioè la disposizione, ut priores tabulae valerent), et sine dubio universa, quae illic scripta sunt, in causa fideicommissi erunt, non solum legata et fideicommissa, sed et libertates *et heredis institutio* ». Vedi Cl. Chifletius, *de iure fideicommissor.*, lib. III, cap. XIV (in Otto, *Thes. iur. rom.*, t. V, pag. 837 sp.).

22) L. 30 (29) Dig. *ad S. C. Trebell.*, 36, 1. Il testo è stato accolto con poche varianti e tralasciando il periodo finale nella Ist. § 3 *quibus modis testam. inf.*, 2, 17.

23) Più esattamente le Istituzioni dicono: « etiamsi ex certis rebus *in eo* heredes instituerit ».

24) Che qui non sia indicato il giureconsulto Campano nota il Menagio, *Juris civilis amoenitates*, cap. 27, pag. 247 ediz. Erfurt.

rerum heres scriptus sit, iure valere, perinde ac si rerum mentio facta non esset; sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex Lege Falcidia, hereditatem restituat his qui priore testamento scripti fuerant, propter inserta fideicommissaria verba, quibus ut valeret prius testamentum expressum est, dubitari non oportet. *Et hoc ita intelligendum est, si non aliquid specialiter contrarium in secundo testamento fuerit scriptum* ».

Il principio di cui si occupa qui principalmente MARCIANO è quello che un secondo testamento ha sempre *vim prioris rumpendi* ancora che in esso sia istituito soltanto un *heres ex re certa* [25]). Il rescritto però determina anche gli effetti della dichiarazione che il primo testamento debba valere. Ma che cosa significano le parole finali *et hoc ita intelligendum est*, ecc? Antonio FABRO le ritiene aggiunte da TRIBONIANO [26]) e io aderirei senza esitare alla sua opinione se si potesse soltanto dimostrare che in questo punto sotto GIUSTINIANO vigesse un diritto diverso da quello dei giureconsulti classici.

Ma quale avrebbe potuto essere questo diritto diverso? Non certamente la facoltà che si riconoscesse al testatore di disporre liberamente che anche l'erede nominato nel primo testamento potesse essere un così detto erede diretto. Si potrebbe piuttosto pensare ad un divieto di detrazione della quarta, ma la possibilità di un tal divieto fu introdotta soltanto da una Novella di GIUSTINIANO [27]). Quest'aggiunta dunque, da chiunque essa derivi, deve senza dubbio intendersi nel senso che in ogni caso si debba tener conto delle speciali disposizioni del testatore riguardo all'oggetto da restituirsi ai primi

---

25) Ciò non era certo indiscusso in origine, e si può bene sostenere che in origine un testamento nel quale un testatore disponesse in questo modo fosse nullo. Fu solo più tardi che per l'autorità di AQUILIO GALLO si ammise che alcuno si dovesse considerare *heres ex asse*, ancora che il testatore avesse eccettuato questo o quell'oggetto. Per esempio *excepto fundo heres esto*, L. 74 D. *de her. inst.*, 22, 5. Confr. G. a COSTA, *Comm. ad* § 3 I. *quibus modis test. infirm.*, v. *etiamsi ex certis*.

26) FABRO, *Coniecturae*, lib. V, c. 19. *Errores pragmaticorum*, dec. XV, err. 10-15.

27) Nov. 1, cap. 2 § 2.

eredi [28]), dove s'intende che il secondo erede trattiene tutto ciò che non deve restituire non ostante che egli sia istituito *in re certa* [29]) [k]).

Non ostante il sin qui detto gli scrittori moderni sostengono che oggi i due testamenti possono coesistere con piena validità ambedue, cioè gl'istituiti in essi concorrono tutti come eredi diretti, salvo quando dalla dichiarazione del testatore o da altre circostanze appaia che il primo testamento debba valere solo come fedecommesso [30]). Ma

---

28) In simil modo spiega l'aggiunta la Glossa di Accursio, *specialiter;* essa la intende pel caso che il testatore abbia escluso dalla restituzione una determinata cosa.

29) Arg. L. 1 § 4 Dig. *de her. inst.*, 28, 5.

30) Hoepfner, *Commentario*, § 454 nota 3 e § 518 nota 4. Questo scrittore vorrebbe che la successione ereditaria diretta avesse luogo in base a tutti e due i testamenti quando nell'ultimo testamento l'erede fosse istituito genericamente e non in una cosa determinata. Secondo la natura della cosa però dovrebbe piuttosto ammettersi che l'erede acquisti maggiori diritti nel primo che nel secondo caso. Il Hoepfner invoca l'autorità del Voet, *ad Pandectas*, tit. *de iniusto, rupto irrito facto test.*, § 8, ma questo però esprime senza limiti il principio *moribus hodiernis pluribus testamentis relictis unumquemque mori posse non ambigitur.*

---

k) Su questa L. 30 (29) D. *ad S. C. Trebell.*, 36, 1 e in particolare sul significato dell'ultima frase « *sed hoc ita intelligendum est* etc., e sul rapporto fra essa e il § 3 I. *quibus modis test. inf.*, 2, 17, sono da consultare ancora Padelletti, *Teoria della istituzione d'erede ex re certa*, Archivio giuridico, Vol. IV, pag. 381 seg.; Fein, Continuazione del presente *Commentario*, Vol. XLV, pag. 267-73 dell'edizione tedesca, libro XXIX; Neuner, *Die heredis institutio ex re certa*, Giessen 1850, pag. 74 seg. il quale, coerentemente alla sua teoria, secondo la quale ogni istituzione *ex re certa* conteneva sempre un tacito fedecommesso obbligante l'istituito a restituire il residuo agli eredi legittimi o agl'istituiti nel precedente testamento, ritiene che coi *verba fideicommissaria* etc., si designi non una clausola codicillare del secondo testamento, ma la stessa istituzione *ex re certa*, la quale avrebbe avuto l'effetto normale di costringere l'istituito nel secondo testamento a contentarsi della sola *res certa*, restituendo tutto il resto come fedecommesso agli istituiti nel primo. Contro questa interpretazione si vegga Schwing, *Zur Lehre von der « heredis inst. ex re certa »* (Sulla teoria della « heredis institutio ex re certa »), Stralsund 1875, pag. 17; Padelletti, loc. cit.; Brinz, *Pandette*, § 372 nota 17, Vol. III, pag. 75, il quale ultimo lancia, quasi in modo dubitativo, l'idea che i *verba fideicommissaria* siano una clausola codicillare del primo testamento, idea che è stata poi con maggior decisione sostenuta da me in uno scrittarello inserito nell'*Antologia giuridica* del Delogu, anno III, pag. 149 seg., dal quale debbo confessare che appare ch'io non conoscessi allora l'insegnamento del Brinz. Per ciò che riguarda poi l'interpolazione della frase finale *sed hoc ita* etc. è notevole che il Lenel nella sua *Palingenesia iuris civilis*, Lipsia 1889, Marciano, fr. 99, non l'ammette.

poichè noi insieme col diritto testamentario romano abbiamo accolto anche i principî fondamentali di questo diritto [31]) è da ritenere più esatto propriamente l'insegnamento opposto, salvo se in qualche diritto particolare sia stabilito un principio diverso. La dichiarazione di un testatore di volere che anche il suo primo testamento resti in vigore deve sempre intendersi colla limitazione, fin che ciò sia giuridicamente possibile; ora, secondo i principî giuridici, il primo testamento non può essere mantenuto in vigore se non come disposizione fedecommessaria [32]). A prima vista si potrebbe ancora considerare il secondo testamento nel quale l'erede è istituito in una cosa determinata come una semplice disposizione codicillare e la conferma del primo testamento come una dichiarazione che il vero erede debba considerarsi l'istituito in quello. Ciò però non si concilia coi principî del diritto, ben inteso, partendo dal concetto che fosse intenzione non dubitabile del testatore di fare un testamento vero e proprio. In questo caso la dichiarazione di convalidazione del primo testamento deve, per la decisione esplicita dell'imperatore nella L. 30 (29) Dig. *ad S. C. Trebell.*, 36, 1, avere il significato dei *verba fideicommissaria* [33]).

2.° È anche possibile però che il primo testamento sia mantenuto in vigore come tale e alcune disposizioni del secondo, sebbene fatte in forma pienamente valida, valgano soltanto come disposizioni codicillari. Il caso unico di questa specie è quello che il testatore sia stato indotto ad un mutamento della sua disposizione dall'erronea notizia giuntagli della morte del primo erede istituito. Questo diritto è riferito da Paolo [34]) nella sua raccolta di decisioni imperiali [35]):

---

[31]) Vedi sopra pag. 220.

[32]) Strykio, *Cautelae testam.*, cap. XXIV, L. 59.

[33]) Se nel secondo testamento sia istituito nuovamente il primo erede solo o insieme con altri, la formula di convalidazione non può naturalmente riferirsi che ai soli legati.

[34]) L. 92 (93) Dig. *de her. inst.*, 28, 5.

[35]) Il Cuiacio vorrebbe leggere nell'inscrizione della legge soltanto *decretorum libro II*, anzi che *imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum ex libro VI, seu decretorum libro II*, per la ragione che le *sententiae* e i *decreta* sono la stessa cosa. Vedi però in contrario Bynkershoek, *Comm. ad l. lecta*,

« Pactumeius Androsthenes Pactumeiam Magnam, filiam Pactumeii Magni, ex asse heredem instituerat, eique patrem eius substituerat. Pactumeio Magno occiso[36]) et rumore perlato quasi filia quoque eius mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit hac praefatione: *quia heredes, quos volui habere, mihi continere non potui*[37]), *Novius Rufus heres esto*, Pactumeia Magna supplicavit imperatores, et cognitione suscepta, licet modus institutione contineretur[38]), quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum. Igitur pronuntiavit, hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, proinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta ».

Veramente non c'è nulla di particolare nel fatto che qui abbia luogo una successione diretta in base al primo testamento, per la ragione che il secondo riposa su un errore essenziale e quindi non può valere; l'anomalia sta qui semplicemente nell'obbligo del primo

---

cap. 1, *Opera*, II, pag. 2 e specialmente SCHULTING, *Jurisprudentia anteiust. ad Pauli Sent. Rec.*, lib. I, nota 1 pag. 211 seg.

36) Pactumeio Magno si trovava fra quelli che Commodo fece uccidere senza sentenza e contro diritto. Ant. LAMPRIDIO, *Vita Commodi*, cap. VII, dice che il tiranno fece giustiziare Pactumeio Magno *cum suis;* poteva dunque benissimo il testatore esser in errore circa le sorti della prima erede. Vedi PANCIROLI, *Thesaurus lectionum*, lib. II, cap. 62 *in Jurisprudentia Romana ed Attica*, pag. 1175. Anche Novio Rufo nominato poco dopo è un personaggio storico; egli pure fu giustiziato. Vedi SPARZIANO, *Vita Severi*, cap. 13. Sul nome di Pactumeio Magno vedi anche BYNKERSHOEK, *Observationes iuris romani*, lib. III, c. 7 pag. 68 in fine, ma specialmente OTTONE nella prefazione al suo *Thesaurus*, t. I, pag. 39.

37) Il senso di questo concetto espresso in modo assai strano, del resto, è chiaro: « poichè io non posso avere per erede quello che avrei voluto ». La lezione *contingere*, che si trova in parecchi (vedi SMALLENBURG in SCHULTING *Notae ad Digesta*, t. V, pag. 76 ad h. leg. nota 4), non porta alcun miglioramento se non si legga *possunt* in luogo di *poterit*. Confr. in particolare BRUNNEMANN e GEBAUER, *Notae ad h. l.* nota 89.

38) *Modus* ha qui evidentemente lo stesso significato che *causa*, come appare indubbiamente dalle parole che seguono, *quia falsus non solet obesse* (CUIACIO legge *quia* invece di *qui*). Del resto qui non si poteva applicare il principio *falsa causa non nocet*, perchè esso si adatta solo al caso che il testatore non fosse in errore. Se errore vi fu l'onorato può esser respinto con l'*exceptio doli*. L. 72 § 6 Dig. *de cond. et dem.*, 35, 1.

erede testamentario di adempiere i legati ordinati nel posteriore testamento invalido [39]). Ma poichè su questo punto ci siamo già trattenuti a lungo nel volume precedente, (pag. 256 seg.) rimandiamo a quello.

3.° Se il testatore distrugge il testamento posteriore coll'animo di rimettere in vigore il precedente che è conservato ancora intatto, questo è mantenuto in vigore dal pretore mediante la *bonorum possessio secundum tabulas*. Nella L. 11 § 2 Dig. *de bonorum possess. secundum tabulas* 37, 11, già da noi più volte esaminata, si tratta dell'annullamento civile del testamento per l'arrogazione del testatore e si dice:

« Plane, si suis iuris effectus codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat iudicio recenti rediisse intelligetur, *non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret* ».

Questa decisione è fondata sul principio che la semplice dichiarazione di volontà non basta, è vero, a costituire un testamento, ma qui si tratta semplicemente dell'efficacia dell'*exceptio doli* che gli eredi intestati vogliono opporre all'erede testamentario e tale eccezione non è fondata quando la volontà del testatore si è pronunciata, non per quelli, ma per questo. In altre parole, il pretore dà la *bonorum possessio secundum tabulas* anche in base a un testamento annullato per diritto civile, ma il decidere se questa *bonorum possessio* sia *cum re* o *sine re* dipende dalle circostanze del caso e sopratutto dalla volontà del testatore, la quale nel caso presente è favorevole al primo erede testamentario [40]). Occorre appena notare che quando nel

---

39) Il contrario ammette il FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. XX, err. 9 n. 4, dec. XXXIX, err. 5, n. 23 usque ad finem. Il passo di questo *Commentario*, al quale abbiamo rimandato prima, confuta sufficientemente questa opinione. Del resto, ivi (pag. 256 nota 85) si dà senza ragione il testatore per avo dell'erede.

40) Vedi sopra § 1429 pag. 169 nota 54 e pag. 213. Confr. anche FRANCKE, *Notherbenrecht, etc.* (Diritto degli eredi necessari), pag. 120. Il VINNIO, che si cita di solito come scrittore fondamentale, ha frainteso il testo (ad § 6 Inst. *quibus modis test. infirm.*, n. 3). Invece di aver riguardo alle particolarità del sistema della successione pretoria, dalle quali tutto dipende qui, egli spiega

diritto romano si dà una *bonorum possessio cum re* in base a un testamento si può dire che il testamento è valido e per ciò noi possiamo esporre il principio dal punto di vista pratico nel modo seguente: il testamento annullato da uno posteriore, ma esistente ancora materialmente, torna ad esser valido, se il testatore annulla il posteriore coll'animo di rimettere in vigore il primo.

4.° In base a due testamenti contemporanei di contenuto diverso si dà la *bonorum possessio* come se fossero un testamento solo [41]). Sembra che in antico non fosse infrequente il fare del medesimo testamento più originali per evitare possibilmente il pericolo di perdita [42]), si facevano cioè colle medesime solennità e nel medesimo atto di testamento diversi esemplari tutti dello stesso tenore [43]). Naturalmente questi formavano sempre un testamento solo [44]), sebbene ciascun esemplare potesse per domandar la *bonorum*

---

la difficoltà con principii così detti generali: la regola che un testamento annullato non possa più esser richiamato in vita si applicherebbe, secondo lui, soltanto al caso di distruzione materiale del testamento stesso. Così egli giunge al risultato che un tal testamento possa tornare in vigore anche secondo il diritto civile, sebbene PAPINIANO nella nostra L. 11 § 2 D. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11 dica assai chiaramente il contrario colle parole *non enim de iure testamenti quaeritur*.

41) Uno scritto fondamentale, che contiene però troppe spiegazioni letterali inutili, è quello del MOLLENBEC (resp. ELWERT), *Diss. de duobus testamentis simul validis*, ad L. 1 § 6 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, Giessae 1718.

42) Vedi L. 24 D. *qui test. facere poss.*, 28, 1, § 15 I. *de test. ordin.*, 2, 10, L. 47 Dig. *de legatis*, II, 31. Confronta anche i testi che saranno citati nelle note seguenti. Di questo argomento del resto si è già trattato diffusamente nella prima parte di questo libro XXVIII pag. 415 seg. (vol. XXXIV, pag. 475 seg. dell'edizione tedesca); si confronti però anche HERALDUS, *Observationes et emendationes*, cap. 50 in OTTONE, *Thesaurus*, II, pag. 1381.

43) L. 4 D. *de his quae in test. del.*: « Pluribus tabulis *eodem exemplo scriptis* unius testamenti voluntatem *eodem tempore dominus solenniter complevit* ». — Naturalmente *eodem exemplo* non significa qui nello stesso esemplare; queste parole si riferiscono piuttosto al contenuto, al modo e alla qualità di esso, nel qual senso sono usate molto spesso anche dai classici non giuristi. *Plures tabulae eodem exemplo scriptae* sono dunque più esemplari che hanno lo stesso contenuto, come in SVETONIO, *Vita Tiberii*, cap. ult. Confr. POTHIER, *Pand. Iust. tit. de his quae in test. del.*, n. V, nota *e*, t. II, pag. 195 e il vol. XXXIV, pag. 477 seg. del *Commentario* nell'edizione tedesca.

44) L'*interdictum de tabulis exhibendis*, dice ULPIANO, può esser diretto a tutti gli esemplari insieme, *quia unum testamentum est*. L. 3 § 1 D. *de tab. exhib.*, 43, 5.

possessio e in altre evenienze servire come originale [45]) e non fosse alcuno di essi a considerarsi come una semplice copia [46]). Di un caso di questa specie parla ULPIANO nella L. 1 § 5 Dig. *de bonorum possess. secundum tabulas*, 37, 11:

« Si quis in duobus exemplaribus fecerit testamentum, et aliud exstet, aliud non exstet, tabulae exstare videntur, petique potest bonorum possessio ».

e nel § 6 segue:

« *Set etsi* in duobus codicibus simul signatis *alios atque alios heredes scripserit*, et utrumque exstet, ex utroque *quasi ex uno* competit bonorum possessio, quia pro unis tabulis *habendum est*, et *supremum utrumque accipiemus* ».

Il HUSCHKE crede che qui non si parli di più testamenti, ma di più esemplari dello stesso testamento [47]). Secondo il modo come HUSCHKE si richiama alla L. 1 § 6 cit. si potrebbe esser indotti a credere che ULPIANO parlasse alla lettera di *plures codices quibus unum testamentum continetur* e così sarebbe ragionevole il rimprovero ch'egli fa ad ULPIANO di non aver ben usato l'espressione *codices* per indicare parecchi testamenti, sebbene in questo caso l'intero testo mancherebbe di nesso logico e giuridico. Ma lasciando andare queste critiche e tenendoci al solo testo e alla sua connessione con ciò che precede e con ciò che segue, è impossibile pensare qui a più esemplari dello stesso testamento. Di questa ipotesi ULPIANO parla nel

45) L. 1 § 5 Dig. *de bon. poss. sec tab.*, 37, 11.

46) L. 1 § 7 D. *eod.*: « Si unum fecerit testator quasi testamentum, aliud quasi exemplum, si quidem id exstat, quod voluit esse testamentum, bonorum possessio petetur, si vero id, quod exemplum erat, bonorum possessio peti non poterit ». Di solito *exemplum* contrapposto ad *exemplar*, come qua, significa copia, *exemplar* significa invece l'originale. Vedi SALMASIO, *De subscribendis et signandis testamentis*, cap. IV-VI. Ma è noto che *exemplar* è preso anche per una semplice copia e *plura exempla* significa invece talvolta più esemplari originali, come nella L. 24 D. *qui test. fac. poss.*, 28, 1. In generale il significato delle espressioni *plures testamenti codices, exempla, exemplaria* si può determinare soltanto dall'insieme del discorso, perchè talvolta è quello di varii originali, talvolta di semplici copie, talvolta infine di parecchi testamenti senz'altro.

47) *Rheinisches Museum für Jurisprudenz* (Museo renano di giurisprudenza), vol. VI, diss. VIII, pag. 300 nota 68.

§ 5, le parole iniziali del successivo § 6 indicano chiaramente che in esso è considerato un altro caso [48]) e il contenuto del testo conferma pienamente questa indicazione. Il giureconsulto usa qui a bella posta l'espressione *duo codices simul signati* in contrapposto ai *duo exemplaria* del § 5 [49]), perocchè non possono certamente chiamarsi due esemplari di un medesimo testamento due documenti che appunto sotto il riguardo del contenuto essenziale, l'istituzione d'erede, contengono disposizioni diverse [50]). Anche tutte le altre espressioni di ULPIANO provano nel modo più chiaro che il giureconsulto pensava sempre al caso di due testamenti diversi. Egli dice, per es., « ex utroque *quasi ex uno* competet bonorum possessio » [51]), e poi: « quia pro unis tabulis habendum est » e non *unum testamentum est* come nella L. 3 § 1 D. *de tabulas exhib.* 43, 5. Ma decisive sono le parole finali *supremum utrumque accipiemus* perchè a riguardo di più esemplari dello stesso testamento non si può parlare di primo e d'ultimo, e qui invece si dice che tutti e due sono da ritenere per l'ultimo, ciò che prova che la possibilità di simile questione non era

---

48) Vedi MOLLENBEC, *Diss.* cit., cap. III, § 1.

49) O, com'è parafrasata l'ultima espressione nella L. 3 § 1 D. *de tab. exhib.* 43, 5, *si tabulae in pluribus codicibus scriptae sint.* Vedi MOLLENBEC, loc. cit., cap. III, § 2.

50) MOLLENBEC, *Diss.* cit., cap. III, § 5. Confr. anche sopra vol. XXXIII, pag. 86 del *Commentario* nell'ediz. tedesca. Nessuno negherà che si possa in un testamento riferirsi ad una disposizione codicillare contenente il nome dell'erede, perchè questo erede è sempre in sostanza istituito nel testamento. Nel nostro caso i diversi esemplari del testamento contenevano istituzioni del tutto diverse. Ma quando fra i diversi esemplari solenni del testamento vi siano differenze soltanto in punti non essenziali, come ad esempio nei legati, questi possono esser considerati sempre come esemplari diversi dal medesimo testamento. In tali casi secondo una decisione di PROCULO deve nel dubbio esser ritenuto valido il legato meno gravoso per l'erede. L. 47 Dig. *de legatis*, II, 31: « Binae tabulae testamenti eodem tempore *exemplari causa* (cioè come originali. Vedi BRISSONIO, voc. *exemplarium*) scriptae, ut vulgo fieri solet, eiusdem patrisfamilias proferuntur; in alteris centum, in alteris quinquaginta aurei legati sunt Titio. Quaeris, utrum et quinquaginta aureos; an centum dumtaxat habiturus sit? Proculus respondet: in hoc casu magis heredi parcendum est, ideoque utrumque legatum nullo modo debetur, sed tantummodo quinquaginta aurei ». — Vedi CUIACIO, *Consult.* 28. — VOET, *ad tit. de iniusto, rupto irrito facto test.*, § 9 in princ.

51) MOLLENBECIO, *Diss.* cit., cap. III, § 7.

esclusa qui necessariamente. A questo nostro concetto non fa ostacolo neppure il fatto che ULPIANO parla di « codices *simul* signati ». Il SALMASIO male intende la frase nel senso di parecchi esemplari di testamento uniti tutti insieme con un nastro e con un sigillo e così collegati in un tutto unico mediante un'unica solennità [52]) e G. VOET lo segue [53]). Ma se così fosse stato si avrebbe avuto un testamento unico, anzi che più testamenti, e ULPIANO non avrebbe potuto dichiarare *supremum utrumque testamentum*, nè la questione stessa sarebbe stata degna di una speciale trattazione [54]). La parola *simul* indica qui la suggellazione fatta durante un'unica solennità testamentaria, al modo stesso come nella L. 19 pr. Dig. *de test. mil.* 29, 1 si parla di un soldato che ha fatto più testamenti tutti insieme e si dice poi che il primo non è annullato dall'ultimo [55]).

Due testamenti diversi non possono adunque coesistere secondo i principî rigorosi del diritto. E poichè nel caso presente non è possibile riconoscere quale sia il primo e quale l'ultimo dovrebbe a rigore applicarsi la regola « ubi pugnantia inter se testamento iuberentur neutrum ratum est » [56]) : il *favor testamentorum* però fece decidere in questo caso nel senso di considerare validi ambedue i testamenti. In coerenza a questo principio anche la facoltà giuridica di Ingolstadt dichiarò validi due testamenti fatti con una medesima solennità.

Trattavasi di una moglie che, assediata dal proprio marito, aveva in un testamento nominato questo a proprio unico erede, in un altro testamento invece i propri eredi intestati prossimi. Essa invitò poi

---

52) SALMASIUS, *de modo usurar.*, cap. 10, pag. 417 segg. e *de subscrib. et signand. testam.*, cap. 8, pag. 91 segg.

53) VOET, ad tit. *de iniusto test.*, § 9.

54) Il concetto sopra riferito del SALMASIO deve ritenersi per confutato da lungo tempo. Vedi Desiderio HERALDUS, *Observationes et emendationes* nel *Thesaurus* di OTTONE, II, pag. 1381 seg. — SCHULTING, *Notae ad Dig.*, t. V, pag. 57 ad h. l.

55) Questo è ammesso anche dal HUSCHKE, loc. cit., pag. 300 nota 68. Ma perchè non deve valer lo stesso qui? Confr. anche MOLLENBEC, *Diss.* cit., cap. III, § 3.

56) L. 188 Dig. *de reg. iur.*, 50, 17. — Vedi ZOESIO ad Dig. tit. *de fide instr.* n. 10.

sette testimoni e dichiarò che i due documenti che loro presentava contenevano la sua ultima volontà, in fine perfezionò i due testamenti nella forma ordinaria, ciascuno separatamente però. Le insistenze del marito non potevano fare ostacolo alla validità del testamento fatto a favore di lui [57]), meno ancora era discutibile la validità del testamento fatto a favore degli eredi intestati; si decise perciò ch'essi dovessero valere ambedue [58]).

Ma che cosa sarà da dirsi quando si trovino due testamenti senza data, oppure uno solo colla data, senza che si possa provare per altra via qual'è il primo e qual'è l'ultimo? Com'è noto non è necessario per la validità del testamento che dall'atto stesso appaia il giorno della sua confezione [59]). Si dovranno dunque ritenere validi ambedue o nulli tutti e due? Le opinioni degli scrittori sono divise [60]). Quelli che non vogliono ammettere la validità di tutti e due hanno però per sè gli argomenti teorici più gravi. La decisione di ULPIANO contiene una eccezione al diritto normale, una singolarità quindi e i diritti singolari si debbono, com'è noto, interpretare restrittivamente.

E si può aggiungere anche che due testamenti compiuti nel medesimo atto sono fra loro in un rapporto più stretto che non due testamenti non uniti in tal modo. Tuttavia la decisione di ULPIANO non si basa certamente su questo argomento. Se i due atti sono essenzialmente diversi pel loro contenuto sono anche due testamenti diversi. La ragione per la quale qui non si applica la regola *prius testamentum rumpitur posteriore* sta soltanto nell'impossibilità di conoscere quale sia il primo e quale il secondo, onde il giureconsulto dice *supremum utrumque accipimus*. Evidentemente ULPIANO fu con-

---

57) L. 3 Cod. *si quis aliquem testari prohib. vel coeg.*, 6, 34. L. 3 Dig. *eodem* 29, 6. Vedi il § 1405 del *Commentario*, pag. 77 seg. della parte I di questo libro XXVIII.

58) MOLLENBEC, *Diss.* cit., capo IV, § 4 seg.

59) Fa eccezione soltanto il *test. parentum inter liberos*. Vedi § 1416 del *Commentario*.

60) Per la validità si pronunciano STRYKIO, *De success. ab intestato*, diss. IX, cap. 4 § 37. — SCHMIDT, *Diss.* cit., § 12 e altri; contro, la Glossa di ACCURSIO ad h. l. — MOLLENBEC, *Diss.* cit., cap. V, § 6 seg. — HOEPFNER, *Commentario*, § 518 pag. 518 nota 5, 8.ª edizione.

dotto a proporre la questione soltanto dalla connessione colla sua ricerca in questi termini: che cosa accade quando i due testamenti fatti nello stesso tempo sono non soltanto esemplari dello stesso testamento, ma testamenti diversi? Se ora si consideri che anche nelle materie di diritto singolare la *ratio decidendi* si deve ritenere veramente parte della legge, quando essa sia la ragione di decidere del solo caso speciale [61]), si dovrà almeno confessare che non è priva del tutto di fondamento l'opinione per la quale anche nel caso in discorso i due testamenti possono coesistere uno accanto all'altro.

§ 1432.

2.° *Rottura del testamento per agnazione di postumo.*

Nei precedenti §§ 1428-31 abbiamo parlato della rottura del testamento per mutamento di volontà del testatore; ora deve seguire nell'ordine del sistema la dottrina della rottura per agnazione di postumo o, come anche si dice, del *testamentum praesumptive ruptum* [1]). I principii fondamentali di questa dottrina sono stati però già esposti in altre occasioni, di maniera che qui non resta a trattare che la questione se e dentro quali limiti possa parlarsi di rottura del testamento per parte di altri eredi necessarii che i *postumi sui*. Ma per la connessione dell'argomento bisogna che prima esponiamo brevemente quello che ad esso si riferirebbe propriamente.

1.° Il testamento è rotto quando una persona non tenuta giustamente in considerazione in esso si trova col testatore in tale rapporto o che ne sia l'*heres suus* o che tale sarebbe se non fosse nato soltanto dopo la morte del testatore, nel quale ultimo caso però occorre che sia stato concepito vivente questo [2]).

---

[61]) Thibaut, *Theorie der logischen Auslegung, etc.* (Teoria dell'interpretazione logica del diritto romano), § 16, pag. 60 seg.

[1]) Contro questa denominazione vedi quanto fu osservato sopra nel principio del § 1428 a pag. 108.

[2]) L. 3 pr. § 3 Dig. h. t. 28. 3, § 1 I. *quibus modis test. inf.*, 2, 17 e Gaio, II, 138-43. Sull'origine di questo principio e sulle diverse specie di agnazione di postumi, non che sulla possibilità di tenerne conto nel testamento, vedi pag. 419 seg. del vol. precedente.

2.° Le conseguenze di questa rottura sono le stesse che quelle della preterizione di un *heres suus* esistente al tempo della fazione del testamento, quindi, astraendo dal diritto della Nov. 115, l'annullamento totale del testamento [3]). Questo non può evitarsi neppure colla clausola codicillare [4]), però la rottura è inefficace se il postumo sia venuto a mancare ancora prima della morte del testatore, potendo in tal caso l'erede istituito ottenere una *bonorum possessio secundum tabulas* [5]), ciò che non sarebbe possibile invece nel caso di preterizione di un *heres suus* già esistente [6]). La preterizione erronea del postumo non poteva avere conseguenze diverse da quella del *suus* esistente, perchè la rottura del testamento per parte di un postumo preterito riposa sullo stesso motivo che la nullità per preterizione di un *filius suus* [7]). Il diritto particolare della preterizione erronea di un erede necessario, secondo il quale questo sottentra nel posto dell'erede istituito coll'obbligo di riconoscere e di adempiere gli oneri testamentari [8]), si riferisce soltanto ai casi nei quali non sia stato violato il diritto di successione necessaria formale, e quindi abbia luogo soltanto la querela d'inofficioso testamento [9]). Da ciò segue che anche nella preterizione erronea del postumo il testamento deve cadere in ogni sua parte, almeno secondo il diritto anteriore alla Nov. 115 [10]).

3.° La Nov. 115, com'è noto, non nomina espressamente il postumo, ma poichè i postumi in generale hanno un diritto essenzialmente uguale a quello degli altri eredi necessari e non un diritto maggiore, la logica vuole che il diritto della Nov. 115 si applichi anche ai postumi preteriti e sia annullata per ciò soltanto l'istitu-

---

3) L. 1 Cod. *de postumis her. inst.*, 6, 29: « Ex rupto testamento nihil deberi neque peti posse explorati iuris est ». L. 15 in f. Dig. h. t.

4) Vedi pag. 858 seg. n.° 7 del vol. precedente.

5) L. 12 pr. D. h. t., 28, 3. Vedi pag. 549 del vol. precedente.

6) Vedi pag. 529 del volume precedente.

7) Vedi pag. 848 seg. n.° 2 del volume precedente.

8) L. 3 Cod. *de inoff. testam.*, 3, 28. Confr. L. 28 Dig. *eod.* 5, 2, L. 92 D. *de her. inst.*, 28, 5.

9) Confr. pag. 256, 846 seg. del vol. precedente.

10) Confr. pag. 419 seg. del vol. precedente. — FRANCKE, *Notherbenrecht, etc.* (Diritto degli eredi necessarii), pag. 89 verso la fine.

zione d'erede [11]). Si è ammesso assai spesso il contrario [12]), anche nelle leggi tedesche emanate al tempo della dominazione del diritto romano [13]), ma in ciò è mancata una considerazione precisa e impregiudicata della cosa; ove questa non manchi, si giungerà sempre necessariamente ai risultati da noi accolti. Ma poichè, come già in altra occasione abbiamo detto ampiamente [14]), secondo lo spirito della Nov. 115 la preterizione erronea di un *suus heres* già esistente può avere soltanto per conseguenza l'invalidità della istituzione d'erede, non diverso effetto deve ammettersi quando il preterito per errore sia un postumo [15]).

Tornando ora alla questione se un testamento possa essere rotto da altri che i *sui heredes* e fino a qual punto possa in tal caso parlarsi di rottura, appena occorre osservare che la parola rottura (*ruptio*) non è adatta se per essa s'intenda una distruzione *ipso iure* del testamento perchè per altri eredi necessari era soltanto possibile una rescissione del testamento mediante la *bonorum possessio contra tabulas* o la querela d'inofficioso testamento [16]). Al contrario è certo che questi due rimedii giuridici trovavano applicazione anche a coloro che soltanto dopo la fazione del testamento venivano ad essere col testatore nel rapporto che dava ad essi origine; e così avevano la *bonorum possessio* contro il testamento dell'avo i nipoti nati da un figlio emancipato o dato in adozione [17]). Così parimente è riconosciuto che contro il testamento della madre compete ai figli nati posteriormente la querela d'inofficioso [18]), nè vi è alcun motivo per limitare questa concessione al solo testamento materno e ai soli discendenti.

Di solito gli scrittori non trattano la nostra questione. Quelli che lo fanno però la risolvono in senso affermativo e nominano oltre che

---

[11]) Pag. 848 seg. del vol. precedente.
[12]) Pag. 848 del vol. precedente nota 96.
[13]) Vedi sopra pag. 11 nota 37 e pag. 25.
[14]) Pag. 847 del vol. precedente.
[15]) *Ibidem* pag. 849.
[16]) Vedi Teofilo, *Paraphrasis*, ad § 5 I. *quibus modis test. inf.* in fine.
[17]) L. 6 pr. § 4 Dig. *de bon. poss. contra tabulas*, 37, 4.
[18]) L. 3 Cod. *de inoff. test.*, 3, 28. Vedi pag. 256 seg. del vol. precedente.

i discendenti soltanto gli ascendenti [19]). È facile dimostrare che anche questi possono venire a trovarsi col testatore in un rapporto, pel quale abbiano diritto di impugnare il testamento, soltanto dopo che il testamento sia stato fatto; per esempio, il testatore ha un figlio ed una madre, preterisce questa e istituisce quello, il quale però muore prima del testatore. Non si può dubitare che in tal caso la madre ha diritto d'impugnare il testamento; però l'espressione *rompere* non si potrebbe in questo caso adoperare perchè non corrispondente alle fonti. Ma perchè non si nominano in tal caso anche i fratelli? Esempio: dopo la confezione del testamento nel quale sono istituite persone turpi muore la madre e si trovano come eredi intestati prossimi soltanto dei fratelli agnati. Perchè non sarebbero essi in tal caso autorizzati ad intentare la querela? Forse perchè il testatore non dette prova nel momento della confezione del testamento di mal animo verso di loro? Questa circostanza non può avere importanza. La querela è sempre fondata quando l'erede necessario al tempo della delazione dell'eredità non si trova tenuto nella giusta considerazione ed anche pei fratelli la querela non dipende dalla prova di mancanza di affetto al momento della confezione del testamento; ma semplicemente dal fatto che siano stati preteriti per preferire loro una persona turpe [20]).

Il diritto della Nov. 115 non ha mutato essenzialmente nulla, soltanto non ha più luogo la querela d'inofficioso a favore dei discendenti e degli ascendenti, ma chi si trova ad essere il prossimo al tempo della delazione entra nel luogo degli eredi istituiti [21]); i fratelli dunque hanno come prima la querela [22]).

Se vi sia qualche diritto particolare che riconosce come veri legit-

---

19) S. Strykio, *Cautelae testam.*, cap. 24 § 8 in f. Egli propone la seguente formula di istituzione per evitare la rottura del testamento per parte degli ascendenti: « Se alla mia morte nessuno dei miei figli o figli di figli vivrà, voglio che in tal caso siano istituiti eredi i miei genitori ». Weber, *Erläuterung der Pandecten* (Spiegazione delle Pandette secondo il sistema di Hellfeld) ad h. §, vol. II, pag. 233 e ad Hoepfner, § 517 nota 1.

20) L. 27 Cod. *de inoff. test.*, 3, 28.

21) Pag. 786-87 del vol. precedente.

22) Ibidem, § 1425 *d* pag. 862.

timari anche altri [23]), questi pure debbono avere il diritto d'impugnare il testamento tanto se il loro rapporto di legittimari è nato dopo la confezione di questo quanto se era già nato prima. È notevole però l'applicazione dei principii del testamento rotto fatta dalla riforma di Francoforte ai coniugi futuri. I coniugi hanno una porzione statutaria che non attribuisce loro vera qualità di eredi necessarii, ma la legge nomina come tali gli ascendenti e i discendenti [24]); si trova però la disposizione che la conclusione di un matrimonio rompe il testamento fatto precedentemente senza la scienza e la volontà del coniuge futuro qualora il testatore non sopravviva all'altro coniuge o questi dia il suo consenso al testamento oppure si disponga qualche cosa sull'eredità dei coniugi nel contratto di matrimonio [25]). Questa rottura del resto opera completamente, cioè non solo a riguardo dell'istituzione d'erede o per la sola porzione statutaria, ma essa fa sì come se il testamento non fosse mai stato fatto, di maniera che si hanno in questo diritto alcune inconseguenze, prima la rottura del testamento per il sopraggiungere di una persona che non ha vero diritto di successione necessaria [26]), seconda l'avere questa rottura effetti maggiori che la preterizione di un erede necessario già esistente al tempo della confezione del testamento la quale è ancora regolata secondo il diritto della Nov. 115. Le conseguenze derivano dal fatto che la Riforma ha applicato letteralmente al caso in discorso il diritto della rottura per agnazione di postumo qual'era secondo il diritto romano prima della Novella 115 [27]).

---

[23]) Vedi sopra pag. 18, 19 note 54-56.

[24]) *Riforma di Francoforte,* parte IV, tit. III, § 3 e 5.

[25]) *Riforma di Francoforte,* parte III, tit. 4, § 7, parte IV, tit. 9 § 10. — Koch, *resp. W. C. L.* — Moors, *Dissertatio de testamento per matrimonium vel nullo vel rupto ad reformationem Francofurtanam,* parte IV, titolo 9 e parte III, tit. 4 § 7. Giessae 1773 in ispecie al § 16 seg.

[26]) Proprio l'inconseguenza opposta si trova in altri diritti particolari, nei quali ai coniugi è attribuito un vero diritto di legittima, ma è stabilito che la preterizione di essi non nuoca alla validità del testamento, bensì la porzione statutaria sia dovuta semplicemente come debito. Vedi sopra pag. 19 e nota 56 ivi.

[27]) *Riforma di Francoforte,* parte IV, tit. 3 § 5 e § 4 *eod.*

§ 1433.

3.° *Del testamentum irritum (factum).*

L'espressione *testamentum irritum* [28]) in questo senso non si trova mai nelle fonti senza un'aggiunta determinativa come *irritum fit, in irritum constituitur* e simili [29]). Sotto tali espressioni noi dobbiamo intendere un testamento divenuto inefficace per una qualche diminuzione di capo massima, media o minima del testatore. ULPIANO [30]) così si esprime a questo proposito:

« Irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit; puta si civitatem amittat per subitam servitutem, ab hostibus verbi gratia captus, vel si maior annis viginti venum se dari passus sit ad actum gerendum, pretiumve participandum ».

Le parole *quoties ipsi testatori aliquid contigit* potrebbero intendersi sempre nel senso che qualunque incapacità a testare che colpisca il testatore distrugge anche il testamento fatto prima validamente. Ma è facile dimostrare che così non vanno intese qui quelle parole. Anche i sordomuti, i furiosi e i prodighi sono incapaci di testare, ma il testamento fatto da loro quando erano in istato di sanità o prima della dichiarazione di prodigalità rimane in vigore [31]). Quella espressione d'ULPIANO non si può dunque intendere in senso generale più che una dichiarazione opposta dallo stesso giureconsulto. La L. 1 § 9 D. *de bonorum possessione secundum tabulas*, 37, 11 dice:

---

28) Sui diversi significati di questa espressione vedi sopra a pag. 80 nota 79. Il significato indicato qui nel testo è però quello più comune nelle nostre fonti e per ciò non è da accettare il concetto del DONELLO, *Comm. iuris civilis*, VI, c. 16 § 1, il quale per *testamentum irritum* vorrebbe intendere qualunque testamento valido in sè, ma divenuto poi inefficace o per la *capitis deminutio* del testatore o per mancanza dell'erede (*vel quia nolit heres esse vel quia non possit*).

29) L. 1 pr. D. h. t. 28, 3. § 5 I. *quibus modis test. inf.*, 2, 17.

30) L. 6 § 5 Dig. h. t. 28, 3.

31) § 1-3 I. *quibus modis test. inf.*, 2, 17. L. 20 § 4 Dig. *qui test. fac. possunt*, 28, 1.

« Si quis testamentum fecerit, deinde amiserit testamenti factionem, vel furore, vel quod ei bonis interdictum est, potest eius peti bonorum possessio, quia iure testamentum eius valet; et hoc generaliter de omnibus huiusmodi dicitur, qui amittant mortis tempore testamenti factionem: sed ante factum eorum testamentum valet ».

Si potrebbe dire che qui si indica soltanto la possibilità di ottenere una *bonorum possessio secundum tabulas* in base a un testamento divenuto irrito, quando, s'intende, la *capitis deminutio* sia cessata [32]. Ma non si può credere che Ulpiano abbia considerato questa restituzione di un testamento già rescisso per effetto di particolari circostanze, quando dice: *ante factum eorum testamentum valet.* È fuor di dubbio però che egli non voleva dire che l'esistenza della capacità si considerasse soltanto al momento della fazione del testamento e che la cessazione posteriore di essa non danneggiasse alla validità del testamento. Riguardo ai difetti naturali della capacità testamentaria, come la pazzia e simili, è invece certo che essi nuocono al testamento solo se esistono al momento della confezione di esso. La ragione è che la pazzia e gli altri motivi che rendono impossibile fisicamente la capacità di agire non hanno invece alcuna influenza sulla capacità di diritti. Anche il furioso è un subietto capace pienamente di diritti e di obbligazioni anche in riguardo ai *civilia iura* [33]; il furore sopravveniente ha per effetto che si stabilisca una cura del patrimonio e annulla la possibilità di intraprendere atti giuridici validi, ma non può avere alcuna influenza sulla capacità giuridica e non può quindi distruggere la validità di un negozio giuridicamente valido. Invece la *capitis deminutio* distrugge la capacità giuridica o la *persona* del *capite minutus* e perciò la successione futura di lui non può essere regolata da un negozio la cui perduranza supporrebbe necessariamente la perduranza della sua antica perso-

---

32) Così è detto appunto a questo riguardo nelle Istituzioni: « Non tamen per omnia inutilia sunt ea testamenta, quae, ab initio iure facta propter capitis deminutionem irrita facta sunt ». — § 6 I. *quibus modis test. inf.* 2, 17.

33) L. 20 Dig. *de statu hominum*, 1, 5: « Qui furere coepit et statum et dignitatem, in qua fuit, et magistratum et potestatem videtur retinere, sicuti rei suae dominium retinet ». L. 8 Dig. *de his qui sui vel alieni iuris sunt*, 1, 6.

nalità, essendo appunto la persona del testatore quella che è rappresentata dagli eredi nei suoi rapporti giuridici trasmissibili [34]).

Un'altra questione, però, è quella se in tutti i casi nei quali venga a mancare la capacità giuridica di testare sia distrutta anche la validità del testamento precedente. Alcuni lo affermano [35]), e certo questa affermazione non manca di buoni argomenti, ma non si può invocare come tale il fatto che il testamento fatto dal prodigo prima della dichiarazione di prodigalità seguiti a valere [36]), perchè, come è noto, il diritto romano paragona il prodigo ad un furioso e perciò fonda anche la sua incapacità testamentaria sopra una mancanza di capacità di volere [37]). Si possono invece portare a sostegno di quell'o-

---

34) In simil modo spiega il VINNIO ad § 1 I. *quibus non est perm. fac. test.* quando dice: « Si qua mutatio postea inciderit, per quam capite testator minuatur puta si servus fiat, in insulam deportetur, si se adrogandum det testamentum infirmatur atque irritum fit; et ratio manifesta est. Quippe his modis non tantum amittitur testamenti factio, sed etiam conditio personae testatoris sic mutatur, ut omnino testamentum habere non possit, ac nec heredem quidem. Furiosus vero et prodigus etsi testamentum facere non possunt, nihil tamen prohibet, quo minus heredem ex testamento antea facto habeant, et praecedens eorum voluntas exitum sortiatur ». Troppo peso però si dà alla circostanza che il *capite minutus* non possa avere neppure un erede, mentre ciò è inesatto perchè anche il figlio di famiglia può testare sul suo peculio castrense e quasi castrense e l'emancipato acquista la testamentifazione attiva appunto in seguito alla liberazione dalla patria potestà. Un testamento fatto da lui precedentemente in modo valido, cioè un testamento sopra un peculio libero, è anche rotto, soltanto se egli sia un soldato non ha bisogno di un nuovo atto di testamento, perchè il perseverare nell'antica disposizione equivale a fare un nuovo testamento: L. 22 D. *de testamento militis* (29, 1): « Miles filiusfamilias, si capite minutus fuerit, vel emancipatus, vel in adoptionem datus a patre suo, testamentum eius valet *quasi ex nova voluntate* ». È altrettanto inesatto il concetto del DONELLO, il quale pone il motivo della distinzione nel fatto che i *capite minuti* non avessero patrimonio su cui testare (*Comm. iuris civilis*, VI, 16, § 32); egli però difende al pari del VINNIO l'opinione giusta.

35) Vedi per esempio SCHWEPPE, *Roem. Privatrecht* (Diritto privato romano edito dal MEYER), vol. V, § 871 n. *d* β, il quale si fonda sull'autorità del HUEBNER, *Disputationes iuris civilis*, Lipsiae, cap. 2, pag. 44 seg.

36) § 2 I. *quibus non est perm. fac. test.*, 2, 12. L. 18 pr. Dig. *qui test. fac. poss.*, 28, 1.

37) L. 40 Dig. *de regulis iuris*, 50, 17: « Furiosi vel eius cui bonis interdictum est, nulla voluntas est ». È del tutto conseguente a questo principio la disposizione della Nov. 39 di LEONE secondo la quale il testamento di un

pinione i seguenti argomenti: *a)* la regola *quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur* [38]; *b)* nelle nostre fonti non è mai espresso il concetto che *testamentum irritum factum* sia soltanto quello rescisso per diminuzione di capo del testatore; GAIO e GIUSTINIANO dicono anzi: *alio quoque modo testamenta iure facta infirmantur velut, cum is, qui testamentum fecerit, capite deminutus sit* [39]), e ancora più indeterminatamente ULPIANO: *irritum fit testamentum, quoties ipsi testatori aliquid contigit* [40]). Il primo argomento però non ha alcun valore perchè quella regola prova appunto a quali contradizioni si giunga quando s'intendano simili espressioni in un significato assoluto; per essa infatti dovrebbe anche il testamento del furioso fatto durante lo stato di sanità divenire invalido. Non più persuasivo è il secondo argomento. È noto che gli antichi si servivano spesso della particella *veluti* quando volevano indicare tutti gli esempi esplicativi di un concetto [41]), di maniera che quella particella si può anche tradurre spesso colla nostra particella *cioè* [42]). Quando questo sia il caso è cosa che si può decidere

---

prodigo è valido quando questi abbia agito da persona intelligente. Sull'applicabilità odierna di questa disposizione vedi GLÜCK, Parte I del presente Libro del *Commentario,* pag. 49 seg. § 1404 *c* e RUDORFF, *Das Recht des Vormundschaft* (Il diritto della tutela esposto secondo il diritto comune vigente in Germania), vol. I, § 17, pag. 139 n. 3. Del resto la *cura prodigi* non ha per il riguardo della capacità del sottoposto a cura gli stessi effetti che la *cura furiosi.* Vedi per esempio L. 5 § 1 Dig. *de acq. vel om. her.,* 29, 2: « Eum cui bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat ». Confr. RUDORFF, op. cit., pag. 140 n. 4. La perdita della *testamentifactio* si vuol giustificare anche colla perdita corrispondente del *commercium* (ULPIANO XX, 13: « quoniam commercium illi interdictum est ». Vedi la Parte I di questo Libro XXVIII del *Commentario,* pag. 50 seg.). Ma con questa interdizione non si faceva che ottenere per via giuridica ciò che pel furioso era invece cosa intuitiva e in ogni caso basta che qui sia esposta come principio fondamentale la parificazione del prodigo al furioso per poter respingere l'argomentazione che si fa dalla validità di un testamento fatto prima della dichiarazione di volontà ai testamenti dei testatori dichiarati incapaci per motivi giuridici.

38) L. 3 § 2 Dig. *de his quae pro non scriptis habentur,* 34, 8.

39) GAIO, II, 145; § 4 I. *quibus modis test. inf.,* 2, 17.

40) L. 6 § 5 Dig. h. t., 28, 3.

41) Vedi per esempio GAIO, II, 78, 156.

42) Lorenzo VALLA, *Elegantiarum,* lib. II, c. 26.

dai risultati complessivi delle fonti su quel dato concetto onde è qui da domandare se per avventura nelle fonti del diritto romano il concetto del *testamentum irritum factum* si trovi ammesso in una cerchia più ampia che quella da noi sopra espressa. A questa domanda si può rispondere senza esitanza di no, perchè quando ULPIANO aggiunge alla dichiarazione generale sopra espressa: *sed et si quis fuerit capite damnatus, vel ad bestias, vel ad gladium, vel alia poena quae vitam adimit, testamentum eius irritum fiet* [43]), egli stesso soggiunge a spiegazione: *nam poenae servus efficitur*, vale a dire che una tale condanna dava origine ad una *servitus poenae* e conseguentemente ad una *capitis deminutio magna* [44]). Vero è che lo stesso effetto si ha quando l'imputato si tolga la vita per paura prima della condanna, quindi prima della *capitis deminutio* [45]); ma questa è una conseguenza del concetto che il suicida si sia confessato colpevole e quindi debba considerarsi come giustamente condannato [46]). Ugualmente infondato è il richiamo alla L. 4 § 5 Cod. *de haereticis et Manichaeis*, 1, 3:

« Ergo et suprema illius scriptura irrita fit, sive testamento, sive codicillo, sive epistola, sive quolibet alio genere reliquerit voluntatem, qui Manichaeus fuisse convincitur ».

I membri di questa setta eretica posti al bando erano del tutto

43) L. 6 § 6 Dig. h. t., 28, 3.

44) Confr. il § 1407 del *Commentario*, pag. 155 del volume I di questo libro XXVIII e gli autori ivi citati. Aggiungi ora BUCHHOLTZ, *Juristische Abhandlungen* (Dissertazioni giuridiche), Koenigsberg 1833 n. V e WAECHTER nell'*Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. XVII, n. 17.

45) L. 6 § 7 Dig. h. t. L. 3 pr. Dig. *de bonis eorum qui ante sent. mortem sibi consciv.*, 48, 21. Vedi GLÜCK, *Commentario*, libro XXVIII, vol. I, pagina 165 seg.

46) L. 3 pr. Dig. *de bonis eorum*, 48, 21 verba: « conscientiae metum in reo velut confesso teneri placuit ». GLÜCK, loc. cit., 166 seg., nota 80 e BUCHHOLTZ, loc. cit., pag. 124. Per alcuni delitti, cioè pei delitti di maestà, poteva aver luogo la condanna anche dopo la morte del delinquente; era per ciò cancellata la memoria del nome e questo dovea certamente avere a riguardo del testamento già fatto gli effetti della *capitis deminutio magna*. L. 7 § 11 D. h. t.: « Sed ne eorum quidem testamenta rata sunt, sed irrita fient, quorum memoria post mortem damnata est, ut puta ex causa maiestatis, vel alia tali causa ».

incapaci di diritto [47]), si consideravano come rei di maestà e si annullava anche la loro memoria dopo morti [48]). Colui pertanto che si ascrivesse a questa setta perdeva con tutti gli altri diritti anche la cittadinanza e perciò solo il suo testamento diveniva irrito [49]).

Vi sono altri testi i quali sembrano più adatti a giustificare l'opinione che il testamento divenga sempre irrito per l'esistenza di un motivo di incapacità giuridica. Ma solo più tardi si potrà determinare quale sia il significato di questi testi per la nostra questione. Per ora dobbiamo ancora partire dal concetto che l'incapacità a testare non sia un motivo per far divenire il testamento irrito. Fu anche osservato già sopra che il motivo per il quale la pazzia ed

---

[47]) Già prima dell'impero cristiano l'appartenere alla setta dei Manichei era considerato un delitto punibile colla morte (vedi la costituzione di DIOCLEZIANO e MASSIMIANO che figura come L. 1 Greg. Cod. *de maleficis et Manichaeis*, 19, 4, anche in *Mosaicarum et Romanarum legum Collatio*, tit. XV, c. 3). La L. 4 Iust. Cod. dell'anno 407 da noi sopra riferita nel testo esprime con parole chiare la piena incapacità giuridica dei Manichei; *huic hominum generi nihil ex moribus nihil ex legibus commune sit cum ceteris*, dice in principio e da questa premessa poi conseguono le singole disposizioni fra le quali anche quella che i testamenti dei Manichei divengano *irrita*. Anche in una costituzione dell'anno 428, la L. 5 Cod. *eod.*, è detto che essi sono incapaci di diritto e che non debbono esser tollerati nello Stato; lo stesso poi è detto in una costituzione di GIUSTINO, *Lex rest.* 12 Cod. *eod.* Secondo una *lex restituta* di GIUSTINIANO, la L. 15 Cod. *eod.* (vedi HEIMBACH nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica), vol. VIII, pag. 93 seg.), i Manichei potevano trasmettere l'eredità *ab intestato* ai loro figli viventi nella fede vera, ma questa limitazione del diritto di confisca non muta per nulla in sostanza la condizione giuridica dei Manichei, come è provato anche da alcune costituzioni che seguono. *L. rest.* 16, L. 21 Cod. *eod.* Confr. BUCHHOLTZ, loc. cit., pag. 118 seg., note 27, 29 e gli scritti ivi citati sui Manichei.

[48]) L. 4 § 4 C. *de haer. et Man.*: « In mortem quoque inquisitio extendatur. Nam si in criminibus maiestatis licet memoriam accusare defuncti, non immerito et hic debet subire tale iudicium » (Vedi sopra nota 46).

[49]) È certamente un punto di vista troppo limitato quello dal quale si pone il BUCHHOLTZ, loc. cit., pag. 114-15, spiegando la incapacità testamentaria del condannato a morte col fatto che esso non abbia un patrimonio sul quale testare; questa è piuttosto una conseguenza della sua *capitis deminutio magna*, come è ammesso in generale da tutti e in particolare fra i moderni dal PUCHTA, *System des gem. Civilrechts zu Pandectenvorlesungen* (Sistema di diritto civile per le lezioni di Pandette), pag. 264 § 22 n. 1. — WAECHTER, loc. cit., pag. 424 seg. n. 3, 4.

altri impedimenti naturali alla capacità di testare non rendono invalido il testamento precedente consiste nel fatto che tali impedimenti non annullano la personalità o la capacità giuridica civile alla pari della *capitis deminutio*. Qui però occorre che ricerchiamo il fondamento di quest'ultimo principio giuridico. In nessun luogo è detto o indicato che questo sia la conseguenza di un toglimento della capacità di testare stabilito come pena, nè in generale la *deminutio capitis* neppure *magna* presuppone una pena; nelle nostre fonti questo diritto appare piuttosto come l'applicazione logica di un concetto del diritto civile, anzichè di una disposizione positiva. Si può ammettere bensì che se ad alcuno sia tolta la capacità di testare a titolo di pena il legislatore può anche avere lo scopo di distruggere gli stessi testamenti già esistenti, ma da un lato questo non si può intender da sè come la nullità del testamento il cui autore abbia subìto una diminuzione di capo, d'altro lato i principii che regolano l'interpretazione delle leggi penali importano che in dubbio questo non si ammetta [50]). Una disposizione precisa del legislatore non sarebbe certamente necessaria tostochè la sua volontà apparisse evidente. Si deve dunque ammettere senza esitanza che la disposizione penale degli imperatori ARCADIO ed ONORIO per la quale è tolta in parte la capacità di testare a colui che contrae nozze incestuose [51]) sia da riferire anche ai testamenti già fatti perchè è detto che egli possa lasciare soltanto qualche cosa ai suoi legittimi discendenti, ascendenti e collaterali (*testamento suo extraneis nihil derelinquat*), e li abbia egli o no tenuti in considerazione, essi debbono succedere ad esclusione degli istituiti (*sed sive testato, sive intestato legibus ei et iure succedant . . . de descendentibus filius*). Qui dunque, dove è detto in modo chiarissimo che nessuno oltre le persone enumerate possa ricevere nulla per atto di ultima volontà, l'espressione abbraccia indubbiamente tutte le disposizioni del testatore senza che si possa distinguere fra le varie disposizioni fatte in tempi diversi [52]). Ugualmente nel diritto canonico gli usurai

---

50) L. 42 Dig. *de poenis*, 48, 19. L. 155 § 2 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17.

51) L. 6 Cod. *de incestis nuptiis*, 5, 5.

52) Secondo la disposizione della Nov. 12 c. 1, per la quale il patrimonio di quello che contrae nozze incestuose passa subito ai discendenti legittimi

non solo sono chiamati *intestabiles,* ma è anche detto: *testamenta quoque manifestorum usurariorum aliter facta non valeant sed sint irrita ipso iure* [53]).

Queste disposizioni però si debbono considerare come disposizioni penali ciascuna per sè stante; non si può, secondo le osservazioni sopra espresse, ritenere che esse siano l'applicazione di una regola generale. Se pertanto una legge penale dichiara qualcuno incapace di far testamento, questa dichiarazione non può applicarsi ai testamenti già fatti al modo stesso che non si applica al testamento del prodigo, il quale pure è dichiarato *intestabilis.* Una conferma non indifferente di questo concetto si ha nel fatto che ULPIANO nel testo ove parla della intestabilità dei diffamatori, deriva da questa espressamente la conseguenza che essi non possano fare testamento nè essere adibiti come testimoni testamentari:

« Si quis ob carmen famosum damnetur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit: *ergo* nec testamentum *facere poterit,* nec ad testamentum adhiberi testis » [54]).

Sarebbe stato così facile il dire qui che anche i testamenti precedenti dovevano ritenersi invalidi, se tale fosse stato il caso, che non si capirebbe come non si fosse qui enunciata questa conseguenza mentre pure è noto che l'incapacità di testare non annulla senz'altro i testamenti già esistenti.

In conseguenza del testamento *irritum factum* cadono le istituzioni d'erede, non solo, ma anche tutte le altre disposizioni del testamento, perchè questo si considera per diritto civile come inesistente; perciò non possono valere neppure le disposizioni che riguardano i figli del testatore, come le sostituzioni pupillari e le nomine di tutori. Vi

---

o in mancanza di questi al fisco, e ha luogo anche la pena della deportazione pel delinquente, questo delitto è parificato agli altri delitti puniti di pena capitale e l'invalidità del testamento già esistente ne consegue come effetto della *capitis deminutio magna.* WAECHTER, loc. cit. pag. 435-37.

[53]) Cap. 2 § 1 *de usuris in VI,* 5, 5. L'espressione *testamenta aliter facta* non si riferisce precisamente ai testamenti precedenti, bensì ai soli testamenti degli usurai nei quali non sia ordinata la restituzione delle usure (WAECHTER, loc. cit., pag. 422); non v'ha dubbio però che anche i testamenti precedenti debbano esser nulli.

[54]) L. 18 § 1 Dig. *qui test. fac. poss.,* 28, 1.

è però un caso di *capitis deminutio magna* nel quale il testamento resta in vigore, ed è il caso che il cittadino romano muoia nella prigionia, perocchè, secondo la finzione della legge Cornelia si ritiene che egli sia morto nel momento in cui sia stato fatto prigioniero e così morto cittadino romano, dal che segue naturalmente che si possa far luogo alla successione in base al testamento [55]). Questa disposizione del resto si estendeva anche alla successione intestata, vale a dire che la questione circa le persone a cui spettasse questa successione si doveva risolvere secondo lo stato delle cose al momento in cui il defunto era stato fatto prigioniero.

L. 22 pr. D. *de captivis et de postliminio*, XLIX, 15. « JULIANUS Lib. LXII Digestorum. Bona eorum, qui in hostium potestatem pervenerint, atque ibi decesserint, sive testamentifactionem habuerint, sive non habuerint, ad eos pertinent, ad quos pertinerent, si in potestatem hostium non pervenissent; idemque ius in eadem causa omnium rerum iubetur esse lege Cornelia, quae futura esset, si hi, de quorum hereditatibus et tutelis constituebatur, in hostium potestatem non pervenissent ».

Che su questo punto vi sia stata una speciale legge Cornelia e che il principio non fosse una disposizione puramente accessoria o, come ammette il HUGO [56]), una semplice conseguenza della legge Cornelia *de falsis*, è cosa che appare non solo da questo testo, ma anche da altre testimonianze assai precise delle nostre fonti [57]).

Vi sono però anche altri casi nei quali il testamento divenuto invalido risorge per diritto civile o per diritto pretorio. Secondo il primo ciò avviene per il diritto di postliminio in conseguenza del quale il cittadino romano è restituito in tutti i suoi rapporti giuridici [58]). Non è probabile che anche questo diritto sia dovuto, come

---

55) § fin. in f. I. *quib. non est permiss. fac. test.* — L. 12 D. *qui test. fac. poss.* 28, 1. « JULIANUS, lib. XLII Dig.: Lege Cornelia testamenta eorum, qui in hostium potestate decesserunt, perinde confirmantur, ac si hi, qui ea fecissent, in hostium potestatem non pervenissent; et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet ». — Vedi *Comment.* § 1407, pag. 151 del vol. I di questo libro.

56) *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), 11.ª ediz. pag. 713 seg.

57) Vedi sopra § 1421 *h*, pag. 476 nota 17 del vol. precedente.

58) L. 32 § 1 Dig. *de her. inst.*, 28, 5, L. 19 pr. Dig. *de captivis*, 49, 15.

spesso si afferma [59]), alla legge Cornelia. Il diritto di postliminio è antichissimo [60]); tantochè già i giureconsulti del tempo della repubblica erano discordi sull'origine del nome [61]); una volta riconosciuto esso, non occorreva alcuna disposizione di legge per l'applicazione ai casi particolari; questi o erano evidenti o, se di natura più complicata, la giurisprudenza li poneva sotto la legge [62]). I testi che s'invocano a sostegno di quella diversa opinione non provano nulla o provano anzi il contrario. Ciò può dirsi, ad esempio, del testo delle Istituzioni ove è detto:

« Eius, qui apud hostes est, testamentum, quod ibi fecit, non valet, quamvis redierit: sed quod, dum in civitate fuerit, fecit, *sive redierit, valet iure postliminii, sive illic decesserit, valet ex Lege Cornelia* » [63]).

Qui dunque si distinguono in modo preciso le fonti dei due diversi principii: se il testatore ritorna il suo testamento vale per diritto di postliminio, se muore prigioniero vale in conseguenza della disposizione della legge Cornelia. Con qual logica adunque si vogliono attribuire i due principii ad una medesima fonte? Quando poi gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO rescrivono: « Captum ab hostibus filium, patre mortuo medio tempore, lex Cornelia reversum, si in potestate patris tempore, quo capiebatur fuit, suum facit heredem » [64]), non è detto che il riacquisto dei diritti di suità per

---

59) Fra i moderni aderisce a questa opinione lo SCHRADER, *Ed. corporis iuris* ad § ult. I. *quibus non est perm. facere test.* verba « *sive illic dec... ex lege Cornelia* », pag. 309 dell'edizione maggiore. Confr. anche la nota dello stesso al § 5 I. *quibus mod. ius pot. solv.* verba « *ius postliminii* ».

60) L. 4 D. *de captivis et postl.*, 49, 15: « Eos qui ab hostibus capiuntur... iure postliminii reverti *antiquitus placuit* » e nella L. 19 pr. Dig. *eodem* è detto che il postliminio è *moribus constitutum* e *naturali aequitate introductum.* ZIMMERN, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), I, 2 § 195 pag. 718.

61) CICERONE, *Topica*, c. 8. Confr. la nota 13 al libro I, tit. VI, § 2 delle Ist. di GAIO in SCHULTING, *Jurisprudentia vetus anteiustinianaea*, pag. 48, 49 e MENAGII, *Amoenitates iuris civilis*, cap. 39 v. *postliminum.* Vedi sopra pag. 468 del vol. precedente, nota 97.

62) Vedi per esempio L. 29 § 14 Dig. *de liberis et post.*, 28, 2. Confr. sopra pag. 468 del vol. precedente. L. 29 D. *de vulg. et pup. subst.*, 28, 6.

63) § fin. I. *quib. non est perm. fac. test.* 2, 17.

64) L. 9 C. *de postlim. revers.* (8, 51).

parte dei figli tornati dalla prigionia di guerra derivi dalla legge Cornelia, bensì che secondo questa legge il figlio tornato dalla prigionia si deve considerare come se fosse divenuto erede del proprio padre al momento in cui veniva fatto prigioniero; in altre parole si deve fingere che il padre stesso sia morto in quel momento; ma perciò deve necessariamente supporsi che anche il padre sia stato fatto prigioniero e non sia ritornato in modo che potesse così applicarsi in questo caso la finzione della legge Cornelia [65]).

Maggior numero di casi in cui il testamento *irritum factum* tornava in vigore ci è dato dal diritto pretorio. Il pretore dava la *bonorum possessio secundum tabulas* in base ad un testamento quando la *capitis deminutio* fosse venuta in seguito a cessare e lo stato del testatore fosse ritornato quello di prima [66]). « Non tamen per omnia », dice Gaio in un testo riprodotto quasi testualmente nelle *Istituzioni* di Giustiniano, « inutilia sunt ea testamenta, quae . . . iure facta, postea propter capitis diminutionem irrita facta, aut rupta sunt. Nam si septem testium signis signata sunt testamenta, potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem agnoscere; si modo defunctus testator et civis Romanus et suae potestatis mortis tempore fuerit; nam si ideo irritum factum sit testamentum, quod postea civitatem, vel etiam libertatem testator amisit, aut quia is in adoptionem se dedit, et mortis tempore in adoptivi patris potestate sit, non potest scriptus heres secundum tabulas bonorum possessionem petere » [67]).

Nel caso di una *magna capitis deminutio* bastava soltanto la restituzione del testatore nel pristino stato [68]), mentre invece quando la *capitis deminutio* derivava dall'essersi fatto arrogare, in altre parole

---

65) Vedi il vol. precedente pag. 478 nota 23 e gli scritti ivi citati.

66) § 6, I. *quibus modis test. inf.*, 2, 17.

67) Gaio, II, 147. L'espressione impropria *nam si ideo irritum sit testamentum, etc.*, dalla quale si potrebbe argomentare che qui importi sopratutto il motivo della *capitis deminutio*, mentre invece la circostanza decisiva per la riconvalescenza del testamento è che la *capitis deminutio* sia cessata in seguito, è corretta da Teofilo nella parafrasi a questo testo.

68) L. 6 § 12 in f. D. h. t. 28, 3: « si quis damnatus capite, in integrum indulgentia principis sit restitutus *testamentum eius convalescet* ».

nella *capitis deminutio* che si suol chiamare *ex causa voluntaria* [69]), occorreva oltre la restituzione nel pristino stato anche una dichiarazione del testatore dalla quale apparisse la sua volontà che il testamento dovesse valere.

« PAPINIANUS Lib. XIII *Quaest.* Testamento facto Titius adrogandum se praebuit, ac postea sui iuris effectus vita decessit: scriptus heres, si possessionem petat, exceptione doli mali summovebitur, quia dando se adrogandum testator, cum capite fortunas quoque suas in familiam et domum alienam transferat. Plane, si sui iuris effectus, codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerit, iudicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinquerent. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de iure testamenti maxime quaeritur, sed (de) viribus exceptionis, quae in hoc iudicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen eius, qui opponit, aestimatur » [70]).

La dichiarazione adunque non fa nascere il testamento ma distrugge l'eccezione d'invalidità che a questo si potrebbe opporre. Le parole finali *quae quamquam actori opponatur* si possono però interpretare nel modo seguente: qui non si parla del dolo dell'attore, ma soltanto dell'*exceptio doli* fondata sull'equità, la così detta *exceptio doli generalis* [71]); ora la possibilità di questa si deve giudicare dalla persona del convenuto a favore del quale milita nel caso particolare il *ius aequum* [72]).

Gli scrittori però non sono d'accordo circa il fondamento di questa distinzione fra *capitis deminutio* necessaria e volontaria. Il GLÜCK in un precedente passo del *Commentario* ha difeso il comune concetto

---

69) Vedi il vol. I di questo libro XXVIII, pag. 159, nota 56. Neppure questa espressione però serve a distinguere bene il caso, perchè anche la perdita della cittadinanza può avvenire per causa volontaria.

70) L. 11 § 2 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11.

71) Vedi il mio *Lehrbuch, etc.* (Trattato del diritto delle Pandette), vol. I, § 94 n. 5.

72) CUIACIO, ad L. 11 Dig. *de b. p. sec. tab. in librum XIII quaestionum Papiniani.* Vedi anche pag. 534 del vol. precedente.

che il testatore abbia col consentire all'arrogazione abrogato il precedente testamento e che se egli muoia pertanto senza aver dichiarato che il testamento debba tornare a valere, all'erede testamentario che domanda la *bonorum possessio* in base a quello possa opporsi l'*exceptio mutatae voluntatis* [73]). Si potrebbe forse opporre che la stessa *magna capitis deminutio* non è sempre necessaria e che si può, per esempio, perdere la cittadinanza anche volontariamente. Ma da un lato i principii stessi non sono espressi nelle fonti in modo così preciso come noi li leggiamo nei trattati moderni; il principio che una nuova dichiarazione di volontà sia necessaria per ritornare in vigore il testamento non è limitato espressamente alla *capitis deminutio minima* e il concetto che tale dichiarazione non occorra nella *capitis deminutio magna* è una semplice astrazione che noi facciamo dagli esempi citati riferentisi tutti a casi di *capitis deminutio necessaria*. D'altro canto vi è anche qui una intima diversità di rapporti. Chi si pone sotto una patria potestà rinuncia perciò alla sua personalità indipendente e divengono per tal modo impossibili le disposizioni di ultima volontà per parte sua. Diversamente vanno le cose per quello che rinunzia al diritto di cittadinanza romana. Non soltanto questi conserva la piena facoltà di disporre del suo, ma anche la facoltà di disporre per testamento del suo patrimonio secondo le leggi alle quali egli va sottoposto [74]); non si può dunque ammettere qui una rinunzia al diritto di avere eredi testamentarii.

Secondo un testo delle Istituzioni di GAIO il *bonorum possessor* poteva essere escluso dagli eredi intestati civili, in altre parole la *bonorum possessio* era in questo caso *sine re*.

« Qui autem secundum tabulas testamenti, quae aut statim ab initio non iure factae sunt, aut iure factae postea ruptae vel irritae erunt, bonorum possessionem accipiunt, *si modo possunt hereditatem obtinere*, habebunt bonorum possessionem cum re: *si vero ab iis avo-*

---

73) Vol. I di questo libro XXVIII, pag. 159 nota 56. Vedi VINNIO ad § 6 Inst. *quibus modis test. infirm.*, n. 4. — HOEPFNER, *Commentario*, § 521.

74) ULPIANO, XX, 14 in f. e la nota 45 ivi in SCHULTING, *Jurisprudentia anteiust.*, pag. 631.

cari hereditas potest, habebunt bonorum possessionem sine re. Nam *si quis . . . ab intestato iure legitimo heres sit, is potest ab iis hereditatem avocare* » [75]).

Non v'è alcun dubbio che questo stato del diritto si sia conservato fino al rescritto di ANTONINO spesse volte citato in questo *Commentario* [76]). ANTONINO stesso poi non ha del tutto abolito questa preferenza degli eredi intestati civili sul *bonorum possessor secundum tabulas,* ma ha rispettato ancora in parte il diritto anteriore. Noi siamo giunti infatti colle nostre ricerche precedenti al risultato che un testamento posteriore valido soltanto secondo il diritto pretorio fosse capace di romperne uno anteriore solo nel caso che in esso fossero istituiti gli eredi intestati prossimi [77]) o solo quando il precedente testamento avesse preterito gli eredi necessari [78]). In tutti gli altri casi il testamento precedente restava in vigore e se un tale testamento non vi fosse gli eredi intestati erano preferiti a quello che avesse ottenuto una *bonorum possessio secundum tabulas.* Il seguente testo d'ULPIANO tratto dal quarto libro delle disputazioni e riferito nelle *Pandette* come L. 12 pr. Dig. h. t. 28, 3 sembra dire che questo principio sia stato ammesso a riguardo di qualunque testamento valido secondo il diritto pretorio e quindi anche pel testamento *irritum factum*:

« Postumus praeteritus vivo testatore natus decessit: licet iuris scrupulositate nimiaque subtilitate testamentum ruptum videatur, attamen si signatum fuerit testamentum, bonorum possessionem secundum tabulas accipere heres scriptus potest, remque obtinebit, ut et Divus Hadrianus et imperator noster rescripserunt. Idcircoque legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sunt, securi. *Item et circa* iniustum *et irritum testamentum erit dicendum, si bonorum possessio data fuerit ei, qui rem ab intestato auferre possit* ».

Ma se questo fosse stato veramente il diritto vigente al tempo di

---

75) GAIO, II, 148, 149.

76) Il contenuto ne è riferito da GAIO, II, 120. Confr. pag. 528 seg. del vol. precedente, e pag. 238 seg. di questo volume.

77) Vedi sopra pag. 239 seg. nota 93.

78) Vedi sopra pag. 298 seg.

ULPIANO in tutta la sua estensione il rescritto di ANTONINO non avrebbe mutato nulla al diritto precedente; l'imperatore avrebbe detto soltanto che la *bonorum possessio* dell'erede istituito è *cum re* quando egli stesso sia l'erede intestato e quindi nessuno gli stia avanti. Anche GAIO così riferisce in modo generalissimo il contenuto del rescritto:

« eos, qui secundum tabulas testamenti non iure factas bonorum possessionem petierint, posse adversus eos, qui ab intestato vindicant hereditatem, defendere se per exceptionem doli mali » [79]).

Ma in nessun modo si conciliano con questo risultato le altre dichiarazioni delle fonti sulla convalidazione del *testamentum irritum factum* perocchè esse richiedono sempre soltanto una restituzione del precedente rapporto giuridico e nel caso di *deminutio capitis minima* una dichiarazione del testatore che il testamento debba tornare a valere ed è impossibile ammettere che una condizione così importante come l'istituzione degli eredi intestati prossimi potesse esser passata sotto silenzio. Si potrebbe credere perciò che ULPIANO avesse nel suo scritto cominciato dall'esporre il diritto vigente prima di ANTONINO e che nelle *Pandette* sia stato fatto soltanto questo estratto incompleto del testo. Ma questo si chiama tagliare i nodi anzichè scioglierli perchè è tutt'altro che probabile che i compilatori avessero riferito per semplice svista un principio espresso con tanta precisione (*si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit*) se esso non fosse stato più applicabile. Più probabile si presenta la seguente spiegazione: il giureconsulto parla nel testo sopra riferito degli effetti che può avere per diritto pretorio un testamento nel quale sia stato preterito un erede necessario, occupandosi particolarmente del caso che al tempo in cui l'erede istituito potrebbe acquistare l'eredità l'erede necessario non vi sia più. Egli distingue le seguenti ipotesi: *a*) È stato preterito un postumo, ma questo poi è venuto a mancare vivente il testatore; in tal caso all'erede istituito è data una *bonorum possessio* efficace anche contro gli eredi intestati. *b*) È stato preterito un *suus* al momento della confezione del testamento; in questo caso la *bonorum possessio*, ancorchè il *suus*

---

79) II, 120.

non esista più al tempo della delazione dell'eredità, non è efficace se non quando siano istituiti gli eredi intestati prossimi [80]). Le parole *iniustum testamentum* hanno qui, come fu già osservato sopra [81]), il significato di testamento nullo per preterizione di un *suus heres*. Già il nesso esteriore del discorso induce a riferire anche l'espressione *irritum testamentum* all'invalidità per preterizione dell'erede necessario posto che quelle parole designano anche in generale un qualunque testamento inefficace. Nel nostro testo si potrebbe con quelle parole intendere senza esitanza un testamento rescindibile mediante la *bonorum possessio contra tabulas*, se a questa spiegazione non si opponesse la circostanza che invece non è neppure impossibile una *bonorum possessio secundum tabulas* qualora all'erede istituito non si opponga il diritto dell'erede necessario pretorio, sia perchè questi sia venuto a mancare, sia perchè non voglia accettare l'eredità [82]); non può dunque essere una condizione dell'inefficacia della *bonorum possessio* il fatto che l'istituito fosse anche l'erede intestato prossimo. Forse il giureconsulto usava le due espressioni per indicare il medesimo concetto fondamentale, così come noi parliamo indifferentemente di testamento invalido e testamento inefficace; in ogni caso colla parola *irritum* egli alludeva anche alla possibilità della rescissione mediante la *contra tabulas bonorum possessio* la quale spetta anche al *suus heres*, e infatti quella parola si trova anche usata in tal senso [83]). In ogni caso però è da ritenere come decisivo il fatto che ULPIANO considerava qui l'invalidità del testamento per preterizione degli eredi necessari e non il caso di rescissione per diminuzione di capo del testatore, ciò che è confermato anche dal fatto che egli parla di un testamento *irritum* e non di un testamento *irritum factum* [84]).

---

80) Pag. 529 del vol. precedente.

81) *Ibidem*, pag. 530.

82) Se l'erede necessario pretorio non domandi la *bonorum possessio contra tabulas*, o se vi rinunci, il testamento seguita a valere secondo il diritto civile. L. 5 § 2 D. *de legatis praestandis*, 37, 5. — FRANCKE, *Notherbenrecht* (Diritto degli eredi necessari), pag. 135 seg.

83) L. 20 pr. Dig. *de bon. poss. contra tabulas*, 37, 4; dove un testamento rescindibile mediante la *bon. possessio contra tabulas* è chiamato un *testamentum per omnia irritum*.

84) Nella Glossa di ACCURSIO ad L. 12 pr. h. t. si afferma che le parole

Il testamento per la sua convalidazione ricupera tutta la sua forza ed efficacia primitiva anche nel riguardo delle disposizioni accessorie [85]), perciò non vi ha alcun motivo per ammettere che i tutori *plene dati* abbiano bisogno di una speciale conferma [86]).

Se infine gettiamo uno sguardo all'uso attuale, tutti sono d'accordo nel ritenere che per la *capitis deminutio media* un testamento non perda la sua efficacia perchè la testamentifazione attiva in forza dell' autentica Friderici: *omnes peregrini* Cod. *communia de successionibus* 6, 59, spetta agli stranieri non meno che ai cittadini, mentre invece la *capitis deminutio minima* opera anche oggi secondo le disposizioni del diritto romano [87]). Si discute se anche attualmente il testamento sia annulluto per cagione della *capitis deminutio maxima*. Certo è che la prigionia di guerra non potrebbe più avere oggi tali effetti perchè i concetti degli antichi sulla schiavitù ed anche quindi il principio che i cittadini fatti prigionieri diventino schiavi per diritto delle genti [88]) sono estranei al nostro diritto. La disputa si li-

---

si bonorum possessio data fuerit ei qui rem ab intestato auferre possit debbano esser riferite alla *bonorum possessio contra tabulas*. Secondo un'altra interpretazione invece qui sarebbe parola soltanto della *bonorum possessio secundum tabulas*, ma lo scopo principale del testo è di dichiarare che i legatari possano pretendere quanto è stato lasciato loro. Vedi Chiesi, *Differentiae iuris*, cap. XLVI, n. 6 nella *Jurisprudentia Romana et Attica*, t. II, pag. 764. Per quest'ultima interpretazione il testo direbbe sostanzialmente lo stesso che un altro testo già spiegato sopra a pag. 537 seg. del vol. precedente, la L. 17 D. h. t.; però ambedue queste spiegazioni sono da rigettare perchè evidentemente nel testo si vuole stabilire soltanto che l'erede istituito ottiene una *bonorum possessio* efficace (*remque obtinebit*), dal che già deriva come mera conseguenza la perduranza dei legati. Lo Scoliaste dei *Basilici* (tomo V, pag. 280 sch. *f*, edizione Fabrot.) riferisce le parole *irritum testamentum* al testamento rotto e al testamento annullato mediante *capitis deminutio*, ma non si occupa della questione se in base a un tale testamento si dia una *bonorum possessio secundum tabulae* efficace soltanto agli eredi intestati istituiti. Confr. Francke, *Notherbenrecht* (Diritto degli eredi necessari), pagine 113-20.

85) L. 12 pr. D. h. t.: « *Idcirco* legatarii et fideicommissarii habebunt ea, quae sibi relicta sunt, securi ».

86) Alex. Aug. de Buchholtz, *Exercit. iur. civ. de confirm. tut.* Regim. 1833, 8, pag. 11 seg.

87) Vedi Weber, *ad Hoepfner*, § 520 nota 2.

88) § 2, 3 I. *de iure person.*, 1, 3.

mita dunque soltanto ai condannati a morte e viene così a coincidere coll'altra questione già trattata in questo *Commentario* circa la capacità di testare di simili condannati [89]). La incapacità di testare dei condannati a morte fu in origine una conseguenza della *servitus poenae* [90]). Quanto a noi possiamo qui trascurare la questione se questa *servitus poenae* fosse da GIUSTINIANO abolita in tutto o solo per determinati riguardi [91]), perocchè è ormai certo che essa non esiste più. Secondo l'opinione comune degli scrittori bisogna distinguere se alla pena sia aggiunta o no la confisca del patrimonio. Nel primo caso si avrebbe l'incapacità e conseguentemente il testamento già fatto diventerebbe irrito, nel secondo caso questa non si avrebbe [92]). Contro questa opinione si è pronunciato in particolar modo fra i moderni il WAECHTER [93]). La confisca, egli dice, era una conseguenza tacita della *servitus poenae*, ma l'ordinanza di procedura penale ha abolito le confische tacite [94]); bisogna adunque che la confisca sia espressamente pronunciata nella sentenza di condanna e anche in tal caso essa si estende soltanto al patrimonio che il delinquente possiede al momento della condanna [95]) restando a quello per conseguenza la facoltà di disporre degli acquisti posteriori. Per tal modo la confisca non toglie neppure la possibilità di fatto di testare e tanto meno si può dire che tolga al delinquente la testamentifazione attiva [96]). Il valore di questi argomenti non si può disconoscere e in particolare non si può dubitare che non ogni confisca toglie la ca-

---

89) Vedi pag. 173 del vol. I di questo libro XXVIII.

90) L. 6 § 6 D. h. t.: « nam poenae servus efficitur ».

91) Nella Nov. 22 cap. 8. Cfr. vol. I di questo libro XXVIII, pag. 167 seg. e lo scritto ivi citato del MAREZOLL, *Ueber die bürgerliche Ehre* (Sull'onore civile), pag. 32 seg.

92) Confr. § 1407 *a* pag. 175 del vol. I di questo libro XXVIII e la mia *Doctrina Pandectarum*, III, § 640 nota 13.

93) Nella dissertazione *Ueber Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen und wegen verhängter Strafen* (Sull'incapacità di testare come conseguenza del delitto e della pena) nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. XVII, diss. XIV.

94) Ordinanza di procedura penale art. 135, 218.

95) L. 22 § 5 D. *mandati*, 17, 1. — WAECHTER, loc. cit., pag. 428 seg. nota 17.

96) WAECHTER, loc. cit., pag. 427-33.

pacità di testare (vedi nota 95) e in ogni modo è erroneo il derivare, come fa il BUCHHOLTZ, l'incapacità di testare del condannato a morte dal fatto ch'egli perda il patrimonio [97]). Si può anche ammettere che GIUSTINIANO abbia abolito completamente la *servitus poenae*, certo è però che egli non ha abolito la disposizione speciale secondo la quale il condannato perde la capacità di disporre del suo patrimonio per la ragione che il fisco gli succede *per universitatem*. Questa disposizione seguita a valere come legge speciale anche accanto al nuovo diritto [98]) e sebbene una confisca del patrimonio non abbia più luogo *ipso iure*, è tuttavia una conseguenza naturale di questo principio che non appena la confisca sia stata validamente pronunciata il delinquente non può più disporre del suo e le disposizioni che ancora non hanno avuto effetto, come quelle di ultima volontà, divengono inefficaci. Del resto ciò che importa soprattutto è il sapere cosa abbia deciso la sentenza; in particolare si deve ammettere che nel caso di confisca di un patrimonio di un vivo si debba ritenere confiscato soltanto il patrimonio presente e quindi non si abbia una perdita della testamentifazione. In ogni caso per poter ritenere il condannato incapace di far testamento bisogna che concorrano per regola due cose, una condanna a morte e una confisca espressa generale di tutto il patrimonio. Inoltre però si può anche sostenere che nei casi nei quali l'incapacità è collegata con certi delitti non puniti colla pena di morte essa abbia luogo per gli stessi motivi anche nel diritto moderno, a condizione però che tali motivi siano compatibili coi concetti giuridici e colle opinioni moderne, ciò che con ragione è stato posto in dubbio [99]).

---

97) BUCHHOLTZ, *Iuristische Abhandlungen* (Dissertazioni giuridiche), n. V, pag. 114.

98) L. 80 Dig. *de regulis iuris*, 50, 17. THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile), Heidelberg 1814 n. VII.

99) Confr. pag. 208 del vol. I del presente libro e gli autori citati ivi alla nota 25. — WAECHTER, loc. cit., pag. 435-40.

§ 1433 *a*.

IV. *Del testamentum destitutum* *).

Il testamento è detto *destitutum* quando l'erede istituito non acquisti l'eredità [100]). È detto anche, in tal caso, *irritum* [1]) o *desertum* [2]). Tutti i motivi pei quali un testamento può essere *destitutum* si riconducono a due categorie, l'erede istituito non può o non vuole accettare l'eredità. Si suppone sempre in ogni caso la necessità di un testamento valido (*perfectum* o *iure factum testamentum*) tanto per la forma quanto per la sostanza, quindi si richiede anche che l'erede istituito non manchi della capacità di succedere, in una parola occorre che vi sia un testamento in base al quale l'erede, salvi possibili impedimenti posteriori, potrebbe ottenere l'eredità, *ex quo heres existere poterit*, come dice PAPINIANO [3]).

I. Casi nei quali l'erede non può acquistare l'eredità sono i seguenti: *a*) quando muore prima del testatore o per lo meno prima dell'acquisto dell'eredità [4]), *b*) se perde la capacità di testare [5]), *c*) se

---

*) W. A. LAUTERBACH, *Diss. de testamento destituto*, Tub. 1670, 4. — C. Fr. ZEPERNICK, *Diss. inaug. de testamenti destituti viribus*, Hal. 1773, 4. *Eiusd. diss. Sect. altera ibid.* 1774, 4.

100) § 7 I. *de heredit. quae ab intestato defer.*

1) L. 1 in f. D. h. t.: « aut in irritum constituitur non adita hereditate ».

2) § 8 I. *de heredit. quae ab int. defer.*

3) L. 1 D. h. t. Confr anche GAIO, II, 144 e § 2 I. *quibus modis test. inf.*, 2, 17. Vedi sopra pag. 233.

4) A questo principio è posto un limite colla così detta *transmissio ex capite in integrum restitutionis*, secondo la quale quando l'erede sia stato impedito di accettare l'eredità a lui già deferita da un ostacolo giuridico o da assenza scusabile, i suoi eredi possono ancora adire. L. 4 in f. L. 5 D. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4, L. 30 pr. L. 86 pr. Dig. *de acq. her.*, 29, 2. — Vedi la mia *Doctrina Pandectarum*, III, § 702 n. 1. Maggiori particolari vedansi in seguito al § 1496.

5) La perdita della capacità di succedere avvenuta dopo il testamento non nuoce di regola quando l'erede l'abbia riacquistata prima della morte del testatore. § 4 I. *de her. qual. et diff.*, 2, 19. L. 6 § 2, L. 49 § 1 D. *de her. inst.*, 28, 5.

non si avvera la condizione dell'istituzione [6]). Nell'antico diritto vi erano ancora due casi, dei quali il primo è da paragonare al sopraggiungere del motivo d'incapacità, il secondo alla mancanza della condizione. Il primo era il caso di celibato vigente la legge Giulia e Papia Poppaea, il secondo era il caso in cui si fosse lasciato trascorrere il termine per la crezione, vale a dire il termine stabilito nel testamento per l'accettazione formale dell'eredità [7]). Il primo di questi due impedimenti differiva però dalla vera incapacità pel fatto che per esso era decisivo non già il momento della fazione pel testamento, ma quello della delazione dell'eredità, non essendo il celibe incapace di succedere, ma soltanto incapace di *capere ex testamento* [8]). Su tutti questi motivi di esclusione dell'erede così si esprime Gaio:

« ideoque si quis... aut vivo testatore aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit, aut propter caelibatum ex Lege Julia summotus fuerit ab hereditate ... paterfamilias intestatus moritur » [9]).

II. L'erede istituito non vuole accettare l'eredità. Questa volontà può manifestarsi tanto con parole quanto con atti [10]), come, per esempio, coll'inadempimento di una condizione potestativa [11]). Ma perchè una tale dichiarazione abbia efficacia occorre che l'eredità sia stata già deferita all'erede [12]), di maniera che anche la rinuncia fatta

---

6) § 2 I. *quib. mod. test. infirm.*: « . . . aut conditione, sub qua heres institutus est, defecerit ».

7) Gaio, II, 164, Vedi sopra pag. 233 nota 64 e le citazioni di testi e scrittori ivi fatte.

8) Vedi sopra pag. 234 n.° I.

9) Gaio, II, 144. Nel suo vero nesso il testo determina in quali casi un testamento precedente sia rotto da uno posteriore. Da questo punto di vista esso è stato già pienamente interpretato sopra a pag. 232 seg.

10) L. 95 D. *de acq. vel omitt. her.* (29, 2): « Recusari hereditas non tantum verbis, sed etiam re potest, et alio quovis iudicio voluntatis ».

11) Zepernick, *Diss. prima de test. dest. virib.*, § VII, pag. 13.

12) L. 13 pr. D. *de a. v. o. her.*: « Is, qui heres institutus est, vel is, cui legitima hereditas delata est, repudiatione hereditatem amittit. *Hoc ita verum est, si in ea causa erat hereditas, ut adiri posset* ». — Vedi L. 4 C. *de repud. vel abstin. hered.* (6, 31).

prima dell'avverarsi della condizione, benchè dopo la morte del testatore, è da ritenersi inefficace [13]). Al contrario la rinuncia all'eredità già acquistata non giova per regola all'erede e solo eccezionalmente essa è ammissibile in seguito ad una restituzione in intero [14]) o mediante l'uso del così detto *beneficium abstinendi* introdotto a favore degli *heredes sui*, i quali divenivano eredi *ipso iure* pel solo fatto della delazione [15]). In queste due ipotesi le cose vengono a trovarsi nello stato stesso che se l'eredità non fosse stata mai acquistata e vengono soltanto mantenute in vigore le sostituzioni pupillari e le manomissioni quando il *suus heres* abbia fatto uso del *beneficium abstinendi* [16]).

Una questione oziosa è quella che si fa per sapere se vi possa essere un testamento destituito quando il testatore abbia istituito il *suus heres*. Se l'istituito muore prima del testatore o diviene incapace non si vede perchè non si possa parlare in tal caso di *testamentum destitutum* al modo stesso che se l'erede istituito fosse un estraneo [17]). Invece la morte o la perdita della capacità avvenuta dopo la delazione [18]) non può distruggere l'acquisto dell'eredità avvenuto *ipso*

---

13) L. 13 pr. D. *de a. v. o. h.* 29, 2: « heres institutus sub conditione, si ante conditionem existentem repudiavit, nihil egit, qualisqualis fuit conditio, etsi in arbitrium collata est ». — Un'applicazione di questo principio è contenuta nel § 2 della stessa legge: « Substitutus quoque similiter, si ante repudiat, quam heres institutus decernat de hereditate, nihil valebit repudiatio », perchè la sostituzione contiene un'istituzione d'erede condizionata. L. 1 § 13 D. *ad legem Falc.*, 35, 2.

14) I motivi di una tale restituzione sono gli ordinarii, come minor età (L. 7 § 5 Dig. *de min.*, 4, 4), violenza (L. 21 § 5, 6 Dig. *quod metus causa*, 4, 2), ecc. Vedi la mia *Doctrina Pandectarum*, § 785.

15) § 2 I. *de hered. qual. et differ.*, L. 7 § 1 D. *de acq. v. om. her.* (29, 2).

16) L. 12 pr. in f. D. *de interr. in iur. fac.*, 11, 1: « . . . hunc, qui abstinuit, Praetor non habet heredis loco ». — Sulle eccezioni sopra indicate vedi L. 41, 42 pr. D. *de acq. vel. om. her.*, 29, 2, L. 30 § 10 Dig. *de fideic.*, *lib.* 40, 5.

17) Lo Zepernick, *Diss.* cit., pag. 7, il quale risolve la questione in senso negativo, dice che se l'erede istituito muore prima del testatore il testamento non è *destitutum*, ma nullo; questa è però un'altra denominazione della stessa cosa, per giunta anche assai arbitraria.

18) Se il testatore e l'erede istituito muoiano ambedue senza che si sappia chi è morto prima e chi dopo, si ricorrerà alle note presunzioni sulla premorienza per sapere se il testamento abbia da ritenersi destituito, ovvero il *suus* divenuto effettivamente erede. Vedi Zepernick, *Diss.* cit., pag. 6, 7.

iure. È solo possibile una rinuncia mediante l'applicazione del *beneficium abstinendi*; questo però è soggetto a particolari limitazioni [19]). Soltanto quando il *suus heres* sia stato istituito validamente sotto condizione [20]) egli ottiene la qualità di erede volontario e conseguentemente i motivi e gli effetti del *testamentum destitutum* sono qui gli ordinarii [21]).

Un testamento del resto non può essere considerato destituito quando di parecchi eredi soltanto uno od alcuni rinuncino [22]) perchè l'effetto della destituzione del testamento è che si faccia luogo alla successione intestata [23]) e questa non può aver effetto per una parte soltanto in forza della nota regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*.

In conseguenza della destituzione del testamento si apre dunque la successione intestata e quindi non solo le disposizioni universali, ma anche tutte le altre disposizioni del testamento, come i legati, la nomina dei tutori, ecc., cadono [24]). A questa conseguenza non ha

---

19) L. 11 in f. L. 57, L. 71 § 3-9, L. 91 Dig. *de acq. vel om. her.*, 29, 2.

20) Com'è noto, il *filius suus* può essere sempre istituito sotto una condizione potestativa, sotto condizione di altra specie invece solo se il testatore lo diseredi sotto la condizione opposta. L. 4, 5, 86 Dig. *de her. inst.*, 28, 5. Vedi pag. 554 seg. del vol. precedente.

21) Zepernick, loc. cit., pag. 7, 8.

22) Hellfeld, *Iurisprud. for.*, § 1433.

23) Pr. et § 7 I. *de heredit. quae ab intest. defer.*, L. 181 D. *de reg. iur.*: « Si nemo subiit hereditatem, omnis vis testamenti solvitur ».

24) L. 9 D. *de test. tut.*, 26, 2: « Si nemo hereditatem adierit, nihil valet ex his, quae testamento scripta sunt », § 2 in f. I. *de lege Falcid.* L. 73 pr. in f. *eod.* — Del resto il Sintenis, *Handbuch des gemeines Pfandrechts* (Manuale del diritto di pegno secondo il diritto comune), Halle 1836, § 29, pag. 264, sostiene che il pegno testamentario vale anche se il testamento sia destituito. Egli considera il testamento semplicemente come il documento contenente il principio di un contratto di pegno fatto per iscritto, contratto che si perfeziona soltanto coll'accettazione del creditore, e non crede invece possa considerarsi un legato perchè mediante il legato non si contrae obbligazione con alcuno nè per sè nè per i proprii successori. Da un lato però questo presupposto è inammissibile perchè mediante il legato *per damnationem*, e oggi quindi mediante qualunque legato, si dà sempre origine ad una obbligazione fra l'erede e un terzo (Paolo, *Rec. Sent.*, III, 6, 10, § 21 in f. I. *de legatis*, 2, 20), la cui efficacia dipende, come quella di qualunque legato, dall'accettazione del legatario; d'altro lato il pegno testamentario è indubbiamente costituito dalla stessa disposizione di ultima volontà, e non può per ciò valere se non finchè questa valga.

portato alcuna modificazione essenziale il noto Editto del pretore, secondo il quale l'erede testamentario che avesse in mala fede rinunciato all'eredità doveva pagare i legati come se fosse divenuto erede [25]). Per la rinuncia all'eredità cessa ogni diritto dell'erede testamentario in base all'istituzione e l'erede, sia egli od un terzo, acquista tale qualità in base ad un altro titolo, la sostituzione, la vocazione *ab intestato;* l'editto non fa che conservare ai legatari i loro diritti come se il rinunciante fosse divenuto erede in adempimento della volontà del testatore [26]).

Ma anche il diritto della legge Giulia e Papia ebbe un'influenza soltanto mediata sui motivi e sugli effetti della destituzione del testamento [27]). Le disposizioni di questa legge, per ciò che ha riguardo al nostro argomento, sono in sostanza le seguenti: se sia istituito un solo erede nell'intero asse ereditario l'antico diritto rimane invariato, vale a dire che « se l'istituzione divenga inefficace per qualsiasi motivo, si apre la successione intestata pura e semplice » [28]).

---

25) L'editto si trova spiegato diffusamente nel titolo delle Pandette *si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem*, 29, 4.

26) La conferma di ciò si trova quasi in ogni passo del citato titolo del Digesto. Per ciò quando per una tale rinuncia avviene che l'eredità vada agli eredi intestati, questi l'acquistano senza l'onere dei legati e i legatarii devono rivolgersi contro l'onerato originario come se egli fosse il loro debitore. (Cfr. L. 1 § 13, L. 12 § 1 Dig. *si quis om. causa test.*, 29, 41). Se egli poi rinuncia all'eredità allo scopo di acquistarla ugualmente per l'organo di uno schiavo o di un figlio di famiglia, deve pagare i legati in base all'Editto come sostituito. L. 25, L. 26 Dig. *eod.*

27) Lo ZEPERNICK, *Diss.* cit., § XI-XXIX, pag. 11-52, cerca di dimostrare che questa influenza sia stata più significante anche pel diritto pratico, e fa una diffusa trattazione sui singoli punti, quale almeno la si poteva fare secondo lo stato delle fonti a quel tempo, nella quale però vi è qualche cosa di veramente pregevole, in ispecie sul rapporto fra *aerarium* e *fiscus* e sul successivo indebolirsi della distinzione.

28) ULPIANO, XVII, 1: « caducum appellatur . . . si ex parte heres scriptus, ecc. ». Vedi EINECCIO, *Comment. ad legem Juliam et Papiam,* lib. III, cap. VI, pag. 404 seg. — RUDORFF, *Ueber die caducorum vind.* (Sulla « caducorum vindicatio ») nella *Zeitschrift für gesch. R. W.* (Rivista di giurisprudenza storica) di SAVIGNY, EICHHORN e GOESCHEN, vol. VI, diss. VI, p. 398. Il contrario è affermato dallo ZEPERNICK, *Diss.* cit., § XI, il quale fonda la sua opinione principalmente sulla circostanza che quando si parla di *caducum* non si distingue mai se si tratti soltanto di alcuni fra più eredi o se manchi

Quando vi siano più eredi il testatore può sempre evitare la caducità delle parti vacanti facendo delle reciproche istituzioni [29], e in tal caso la legge caducaria non si applica, benchè la disposizione fosse nulla fin dal momento della confezione del testamento, per esempio per incapacità dell'erede o del legatario; nella prima ipotesi ha luogo ora, come pel diritto anteriore, il *ius accrescendi*, nella seconda il legato va a vantaggio dell'eredità o della quota dell'onerato [30]). Negli altri casi, quando cioè l'incapacità a succedere si avveri dopo fatto il testamento o risulti che l'onorato è incapace in tutto o in parte di ricevere quanto gli è stato lasciato perchè celibe o privo di figli, o se infine l'eredità sia stata ripudiata, ha luogo la caducità, cioè la parte vacante cade all'erario, e più tardi al fisco [31]). Non vi è alcuna differenza se la parte mancante sia un vero *caducum* designato come tale dalla legge o soltanto *in causa caduci*, cioè ritenuto tale solo più tardi per estensione analogica della disposizione di legge [32]). Basta solo notare che al primo appartiene principalmente la incapacità o mancanza di *ius capiendi* stabilita dalla legge come pena del celibato o dell'orbità, il celibe non può ricevere nulla, l'orbo soltanto la metà di quello che gli sia stato lasciato [33]). Questa

---

l'unico erede *ex asse*. Ma oltre che ostarvi il citato testo di ULPIANO sono poi inconciliabili con tale concetto anche le dichiarazioni dei giureconsulti delle Pandette i quali dicono che quando l'erede testamentario non acquista l'eredità si apre la successione intestata. Vedi per esempio L. 70 D. *de acq. vel om. her.*, 29 2, L. 89 D. *de reg. iuris*, 50, 17. Inoltre dalla relazione di GIUSTINIANO sul contenuto della *lex caducaria* in L. un. Cod. *de cad. toll.*, 6, 51 si rileva che la legge non limitava già il diritto degli eredi intestati, ma solo il *ius accrescendi*, così come il diritto di un onerato, quando venissero a mancare i legati.

29) L. un. pr. C. *de cod. toll.*, . . . « Sed et ipsis testamentorum conditoribus sic gravissima caducorum observatio visa est, *ut — substitutiones introducerent, ne fiant caduca* ». — RUDORFF, loc. cit., pag. 399.

30) L. un. § 2 Cod. *de cod. toll.*, 6, 51. Vedi BAUMEISTER, *Das Anwachsungrecht unter Miterben* (Il diritto di accrescimento fra coeredi secondo il diritto romano), Tubinga 1829, § 10, pag. 76 seg.

31) ULPIANO, XVII, 1, 2.

32) L. un. § 2 in f. § 4 Cod. *de cad. toll.*, 6, 51. — SCHILLING, *Bemerkungen über Roem. Rechtsgeschichte* (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 310 e nota 843 ivi. — BAUMEISTER, loc. cit., pag. 77 seg., n. 2, 3, 5.

33) GAIO, II, 286.

incapacità si determina non alla fazione del testamento, ma al tempo della delazione, al qual tempo è stabilito un termine di 100 giorni entro il quale l'onerato può ancora procurarsi la capacità [34]). Vi erano anche eccezioni alla legge, vi erano cioè alcune persone (*personae exceptae*) le quali avevano il *ius capiendi* ancorchè celibi [35]) e pei coeredi capaci di ricevere tutto vi era ancora il *ius accrescendi*, cioè la parte mancante non diveniva caduca e andava invece a loro favore [36]), ciò che in particolare accadeva per gli ascendenti e pei discendenti fino al terzo grado, i quali non solo potevano ricevere tutto ancorchè celibi, ma ottenevano anche pel diritto di accrescimento le parti dei mancanti, onde si diceva di loro che essi avevano il *ius antiquum in caducis* [37]).

Si vede dunque da ciò che gli effetti della destituzione del testamesto erano modificati soltanto in singoli punti dalla legge Papia, ma non erano affatto mutati essenzialmente onde i giureconsulti classici al tempo dei quali la legge era ancora pienamente in vigore potevano benissimo dire che in conseguenza della destituzione del testamento aveva luogo la successione intestata [38]). Già prima di GIUSTINIANO del resto la caducità delle quote vacanti era stata per la massima parte abolita [39]), la costituzione di GIUSTINIANO (L. 1 Cod. *de caducis tollendis*, 6 51) l'abolì completamente e ripristinò

---

34) ULPIANO, XVII, 1. *Fragmentum de iure fisci*, § 3. — BAUMEISTER, loc. cit., pag. 88.

35) Vedi HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des R. R.* (Trattato di storia del diritto romano fino a GIUSTINIANO), vol. II, pag. 774, linee 20-26 dell'11.ª edizione. Sul diritto speciale pei coniugi vedi ULPIANO, tit. XV, XVI.

36) GAIO, II, 206, 207.

37) ULPIANO, tit. XVIII. — BAUMEISTER, loc. cit., pag. 88 seg. — RUDORFF, loc. cit., pag. 402 seg. Confr. LOEHR nell'*Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V, pag. 383 nota 79.

38) Vedi in ispecie GAIO, II, 144: «. . . ideoque, si quis . . . aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem eius, antequam hereditatem adiret, decesserit, aut per cretionem exclusus fuerit, aut conditione, sub qua heres institutus est, defectus sit, *aut propter caelibatum ex Lege Julia summotus fuerit. . . . paterfamilias intestatus moritur* ».

39) L. 30 pr. Theod. Cod. *de petit. et ultro dation. et delator.* (10, 10). (Vedi anche L. 10 Inst. C. *de bon. vac.* 10, 10)). — ZEPERNICK, *Diss.* cit. § XXIII-XXIX. — Von LÖHR, loc. cit., pag. 390.

l'antico *ius accrescendi* i cui effetti naturalmente dipendevano dalla condizione che il coerede acquistasse la sua propria quota. Se questo non avveniva tutti gli eredi venendo a mancare, non importa per qual motivo, si faceva luogo alla successione intestata [40]). Questo risultato non è del tutto fuori di dubbio. Lo ZEPERNICK, per esempio, sostiene che GIUSTINIANO abbia ordinato che anche nel caso di un testamento completamente destituito non si facesse luogo alla semplice successione intestata, ma che l'eredità andasse agli eredi intestati coll'obbligo di adempiere i legati e gli altri oneri imposti all'erede testamentario, salvo che questi fossero così strettamente collegati colla persona dell'erede istituito da non poter essere adempiuti da un altro. Lo ZEPERNICK parte nell' interpretazione della L. 1 Cod. *de caducis tollendis* dal concetto che la caducità non si limitasse alla quota ereditaria ed ai legati, ma si riferisse anche ai casi di un testamento completamente destituito; la tendenza fondamentale della legge sarebbe stata adunque quella di dare la preferenza agli eredi intestati di fronte al fisco o di stabilire, che quando per un qualche motivo il testamento fosse destituito non avesse più luogo la caducità della legge Papia, ma l'eredità fosse offerta prima agli eredi intestati e soltanto se neppur questi avessero potuto o voluto acquistarla, andasse come complesso di beni vacanti al fisco.

---

40) Solo di passaggio può essere enunciata qui un'altra modificazione, che non è affatto collegata col diritto pratico e cioè il diritto dell'*addictio bonorum libertatis causa* introdotta da un rescritto dell'imperatore MARCO ANTONINO. Se alcuno aveva ordinato nel testamento o nel codicillo delle manomissioni e l'erede testamentario o codicillare non accettava l'eredità, il patrimonio ereditario era attribuito allo schiavo, che si dichiarasse pronto ad adire l'eredità per mantenere in vita la manomissione sua e degli altri schiavi e pagare tutti i creditori, e si escludeva in tal modo la successione intestata. Vedi il titolo delle Istituzioni *de eo cui libertatis causa bona addicuntur*, 3, 10 (11). Nel § 4 di questo titolo è bensì detto: « cum nemo successor ab intestato existat . . . cessabit constitutio », ma questo si riferisce al caso enunciato nel paragrafo precedente: « si quis intestatus decedens codicillis libertates dederit: *neque adita sit ab intestato hereditas* », quindi all'esistenza di codicilli intestati nei quali siano ordinati legati di libertà. Questo significato appare molto chiaramente anche dalla L. 2 Dig. *de fideic. lib.*, 40, 5. Confr. però sopratutto la diffusa trattazione dello ZEPERNICK nella *Diss.* cit. § XVII-XXII.

Ora i *caduca* passavano, come è noto, *cum onere* a coloro che sottentravano al posto dei mancanti [41]), così come è noto pure che il fisco che occupasse un'eredità come vacante, era obbligato di regola a riconoscere ed adempiere i legati e gli altri oneri [42]). In questo riguardo non vi era, secondo il nostro autore, alcuna differenza fra *bona caduca* e *bona vacantia* nel diritto *moderno* più che non ve ne fosse nel diritto antico. Inoltre nella legge stessa sarebbero riconosciuti chiaramente gli stessi effetti alla piena destituzione del testamento e alla mancanca di eredi per semplici quote anche per i casi nei quali sottentravano nel posto degli eredi testamentari persone diverse dal fisco. Così nel § 13 della citata costituzione è detto:

« Cum autem in superiore parte legis non aditam hereditatem minime, nisi quibusdam personis, ad heredes defuncti transmitti disposuimus, necesse est, *si quis solidam hereditatem non adierit*, hanc, si quidem habeat substitutum, ad eum, si voluerit et potuerit, pervenire. Quod si hoc non sit, vel ab intestato successores eam suscipiant, vel si nulli sint, vel accipere nolint, vel aliquo modo non capiant, tunc ad aerarium nostrum devolvatur ».

Evidentemente qui si parla, dice il nostro autore, di un testamento pienamente destituito e poichè l'imperatore si riferisce alla parte superiore della propria costituzione, si deve ammettere che tutto ciò che qui è detto sul diritto di accrescimento delle parti che una volta divenivano caduche, come cioè esse passassero *cum onere*, valga anche per i casi di completa destituzione del testamento [43]).

Per quanto questi argomenti siano appariscenti essi non reggono ad un esame fatto più davvicino. Bisogna ammettere che le parole del § 13 « si quis solidam hereditatem non adierit » indichino il caso di un testamento completamente destituito, ma a ciò contrasta nel

---

41) ULPIANO, XVII, 3. Confr. L. un. § 11, 12 Cod. *de cad. toll.*, 6, 51.

42) L. 12, L. 16 § 2 D. *de his, quae ut indignis aufer.* (34, 9). L. 96 § 1 D. *de leg.* I. L. 3 § 5, L. 6 § 3 D. *ad Sct. Treb.* (36, 1). L. 60 § 1 D. *de cond. et dem.* (35, 1). L. 14 § 1 D. *de iure fisci* (49, 14). — FRANCKE, *Beitraege zur Erläuterung einzelner Rechtsmaterien* (Contributi alla spiegazione di alcuni argomenti di diritto), Diss. VI, § 8, pag. 159 seg.

43) ZEPERNICK, *Diss.* cit., XXXV-XLI.

modo più deciso il contenuto complessivo della legge, sul quale pure lo ZEPERNICK tenta di fondare la sua interpretazione. L'imperatore dichiara nel principio della costituzione di voler abolire completamente la caducità. Questo gli porge occasione a parlare del concetto e degli effetti di ciò che si aveva per non scritto, del *caducum* e di ciò che *in causa caduci est* e qui dispone che in avvenire il *ius accrescendi* non sia più escluso dal figlio, vale a dire che esso sia ripristinato con certe modificazioni che qui non ci interessano. È di questa disposizione che si occupa la massima parte del testo e solo incidentalmente nel § 5 è detto che nel luogo dell'erede mancante non possano entrare gli eredi di lui salvi i casi nei quali è eccezionalmente ammessa una trasmissione straordinaria, la qual cosa è ripetuta poi nel § 13 dove è notato che da tutto il sin qui detto, e in particolare anche dal principio che una eredità ancora acquistata non possa essere trasmessa agli eredi dell'erede, consegue che se l'erede istituito non adisce, l'eredità deve essere offerta prima all'eventuale sostituto e, se questo pure non possa o non voglia divenire erede, agli eredi legittimi e solo per ultimo al fisco. È dunque certamente molto arrischiato il fondare su ciò la conclusione che non soltanto la caducità avesse luogo anche nel caso di mancanza di un *heres ex asse*, ma anche che gli eredi intestati dovessero adempiere le disposizioni testamentarie alla pari dei coeredi e dei sostituiti. Noi dobbiamo dunque ammettere che secondo il diritto antico e secondo il diritto nuovo avesse luogo, in tal caso, la semplice successione intestata e che almeno la costituzione di GIUSTINIANO *de caducis tollendis* non abbia nulla mutato in proposito.

Una questione diversa è se questo stato del diritto si mantenne anche dopo le Novelle. Questo è negato con maggiore apparenza di verità dallo ZEPERNICK [44]) e da altri [45]). La Nov. 1 dispone che se l'erede istituito non adempie i legati entro un anno dalla denuncia giudiziale egli deve quando sia un legittimario essere limitato alla

44) ZEPERNICK, *Diss.* I, cit. § XLII segg., diss. II, *de eod. arg.*, § I-VII.

45) VINNIUS, *in comment.* ad § 4. Inst., *quib. mod. test. infirm.* — STRUVE, *Synt. iur. civil.*, Exerc. XXXII, Th. 47, e fra i moderni LOEHR nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. V Diss. XV, n. III, pag. 391 seg.

sola legittima, negli altri casi perde tutta l'eredità e ciò che gli è stato tolto va a favore degli altri coll'obbligo però per questi di prestare cauzione per l'adempimento degli oneri testamentari. La successione viene offerta ai chiamati in luogo del primo istituito nel seguente ordine: *a*) al sostituto, *b*) ai coeredi, *c*) ai fedecommissari universali con preferenza per coloro che devono ricevere la massima parte dell'eredità, *d*) ai legatari particolari, in caso di collisione fra i quali decide l'entità del legato, *e*) agli schiavi che abbiano ottenuto la libertà nel testamento, *f*) agli eredi intestati con esclusione dei diseredati, i quali non possono esservi chiamati sotto nessuna condizione [46]), *g*) agli altri terzi, pei quali è sempre sottintesa la limitazione, qualora il testatore non l'abbia espressamente esclusa [47]), *h*) al fisco [48]). Queste disposizioni si intendono spesso in senso così generale da abbracciare non solo il caso che l'erede rifiuti di adempiere i legati dopo di avere adito l'eredità, ma anche quello che il testamento sia destituito per la rinuncia dell'erede [49]). Fra i moderni questa opinione è stata difesa principalmente dallo ZEPERNICK e dal LOEHR, da ciascuno però per motivi diversi, di maniera che è necessario che noi ci occupiamo separatamente di ciascuno Il primo ammette che la legge non faccia punto menzione del *testamentum destitutum* [50]), ma fonda la sua opinione sulla dichiarazione dell'imperatore, avere la legge principalmente per iscopo l'adempimento della volontà del testatore [51]). Ora se questo scopo si vuole

---

46) Essi non debbono esser ammessi neppure se lo volessero dieci mila volte, dice l'imperatore al cap. I, § 4 in principio.

47) Sam. STRYK, *Tr, de succ. ab intestato.* Diss. I, cap. I, § XLVII, verb. *Imo si testator, etc.*

48) Nov. 1 cap. 1.

49) Secondo la testimonianza di S. STRYKIO, loc. cit., § LII, questa era ai suoi tempi l'opinione comune. La Glossa di ACCURSIO alla Nov. 1 e all'auth. *hoc amplius* Cod. *de fid.* 6, 42 non conosce però altra opinione che quella qui difesa, perocchè essa parla soltanto dell'erede, al quale sono tolti per pena i diritti già da lui acquistati. L'opinione opposta è nata dunque soltanto assai più tardi. Confr. però FRANCKE, *Beitraege* (Contributi, cit.), pagina 150-158, dopo le ricerche del quale questa opinione non ha più molti seguaci.

50) ZEPERNICK, diss. I *de test. dest.*, § XLIII.

51) Nov. 1 pr. § 1 cap. I, § 4.

raggiungere completamente, la legge deve abbracciare tanto il caso del testamento destituito quanto il caso che l'eredità sia già stata acquistata, ma l'erede si rifiuti di adempiere i legati. E questo scopo è secondo lui espresso anche letteralmente perchè la legge dice:

« Namque etiam ad tantas respeximus successiones, ut non remaneat sine aditione ipsius morientis hereditas » [52]).

Coerentemente a ciò, anche in altri testi si parla di eredità non adita, come indicano le seguenti espressioni: « Si heredes . . . . . non adeant hereditatem » [53]); « si vero nullus horum, quorum testamentum mentionem fecit, voluit adire » [54]); « damus omnibus talibus licentiam et aditionis, et pro herede gestionis » [55]) ed altre [56]). E l'espressione *post eum, qui iam exclusus est a lege nostra vocetur etc.* [57]), si riferisce all'erede che non ha rispettato la volontà del testatore e non ha voluto divenire erede. Ciò è confermato, secondo lo ZEPERNICK, anche dalla disposizione contenuta nel secondo capitolo della Novella secondo la quale il testatore può validamente vietare la detrazione della quarta falcidia, dalla quale disposizione appare quanta importanza l'imperatore attribuisse al fatto che le disposizioni di ultima volontà fossero eseguite nel modo come erano state ordinate [58]), senza che per questo però si debba ritenere col VINNIO [59]) e con altri che dopo la Novella non si possa più parlare di *testamentum destitutum* o per lo meno solo in casi rarissimi; ora come prima si ha il *testamentum destitutum* per gli stessi motivi che nell'antico diritto, ma gli effetti della destituzione sono stati da GIUSTINIANO modificati almeno pel caso che l'erede rinunci all'eredità [60]).

---

52) Nov. 1, cap. I, § 3 in f.
53) Nov. 1 cap. 1 § 1.
54) *Ibid.*
55) Cap. 1 § 4.
56) « . . . ita de cetero . . . adire, et quae relicta sunt implere . . . ; ut detur licentia aditionis »; cap. I, § 1.
57) Cap. 1 § 1.
58) *Diss.* I, § XLIX e *Diss.* II, § VII.
59) Ad § 4 I. *quib. mod. test. infirm.*, 2. 17.
60) ZEPERNICK, *Diss.* II, § 1-VII.

Tuttavia, anche concedendo che per lo scopo della legge appaia pienamente giustificata l'applicazione delle disposizioni di essa al caso di rinuncia all'eredità, sorge sempre la questione se sia permesso di aggiungere ciò alla disposizione legislativa per semplice argomentazione dalla *ratio legis*. Possiamo noi credere che il legislatore abbia voluto introdurre tacitamente una riforma così importante e che abbia appunto trascurato di menzionare il caso, che per essere fino allora stato regolato in modo così diverso avrebbe egli dovuto menzionare se voleva includerlo nella sua legge? Ciò non è possibile. Il caso che l'erede istituito non voglia saperne affatto dell'eredità è molto più comune di quello che l'erede si rifiuti di adempiere gli oneri testamentari dopo l'acquisto dell'eredità. Se pertanto l'imperatore avesse voluto far derivare in ambedue i casi gli stessi effetti dannosi per l'erede avrebbe prima dovuto determinare gli effetti della rinuncia, poi dichiarare che lo stesso valeva anche per il caso di rifiuto di adempiere gli oneri testamentari. Invece la legge dispone pel caso più raro, e da ciò si vuole argomentare per parità di ragione a riguardo del caso più frequente e più importante. Ora le argomentazioni dalla *ratio legis* debbono cedere alla interpretazione conforme alla volontà del legislatore e se su questa si potesse avere ancora un dubbio in ogni caso sarebbe decisiva a favore della interpretazione restrittiva la circostanza che la legge appartiene alla classe delle semplicemente correttive [61]). Ma è lecito anche domandare se in fatto il motivo addotto si possa riguardare come una *ratio legis* sufficiente per far ammettere un'applicazione più ampia. Veramente esso è un motivo di natura troppo generale [62]), perocchè quante cose non si potrebbero argomentare dallo scopo del facile adempimento dell'ultima volontà, alle quali il legislatore non ha certamente pensato! Per quello poi che riguarda le espressioni sopra citate, nelle quali sarebbe contenuta la dichiarazione letterale che la Novella abbia considerato anche il caso dell'eredità non adita,

---

[61]) Confr. THIBAUT, *Logische Interpr.* (Teoria dell'interpretazione logica del diritto romano), § 20.

[62]) Confr. il mio *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Trattato del diritto delle Pandette), vol. I, § 61 nota 4.

esse parlano nel modo più chiaro delle persone che sottentrano nel posto dell'erede, ma non mai di quest'ultimo. L'eredità è offerta a quelle persone quando l'erede primo non abbia dentro l'anno dal monito giudiziale adempiuto i legati; se i primi chiamati non accettino si passa ai seguenti e così via di seguito. A ciò si riferisce anche la dichiarazione dell' imperatore che ha disposto che l'eredità sia offerta a parecchi successivamente affinchè se l'uno non voglia accettare si possa sperare che accetterà un altro [63]). Non si comprende poi per qual motivo la dichiarazione che dopo l'erede principale escluso dalla legge è chiamato un altro [64]) si debba necessariamente riferire alla esclusione dal diritto di accettare l'eredità mentre anche quello al quale è tolta dalla legge una eredità già acquistata si può dire escluso dall'eredità. Non mancano anzi argomenti i quali provino direttamente che l'intenzione del legislatore era diretta soltanto all'esclusione dell'erede dall'eredità già acquistata. Infatti qui si parla, di passaggio, dell'erede il quale trascuri l'obbligazione che gl'incombe di adempiere gli oneri testamentari; ora non si può parlare dell'obbligazione dell'erede e di trascuranza di essa se non si suppone che l'eredità sia stata da lui acquistata. L'imperatore anzi nel principio del testo indica appunto come occasione della sua legge il fatto che vi siano persone così malvage da pensare di acquistare l'eredità lasciando inadempiuta la volontà del testatore [65]) e nel capitolo finale dice che egli ha avuto cura perciò che il pagamento dei legati non possa essere indugiato troppo a lungo stabilendo che debba avvenire dentro un anno dall'adizione della eredità, cominciando però a computare il tempo, come fu già notato, dal momento del monito giudiziale [66]). Il legislatore adunque non aveva affatto per scopo colla sua disposizione di fare una indiretta coazione all'adizione dell'eredità, solo voleva che i legatari ottenessero quanto loro spettava il più presto possibile e

63) Cap. 1 § 3.
64) Cap. 1 § 1.
65) Praef. § 1.
66) Secondo la traduzione sostanzialmente esatta della Vulgata: « necessitatem imponentes, omnino intra annum post aditionem et legata solvi, et quae a testatore sunt relicta compleri ».

perciò toglieva come pena il diritto di eredità agli eredi senza coscienza o troppo negligenti. Questa disposizione evidente concorda col diritto precedente, secondo il quale colui che non adempieva gli oneri imposti dal testamento perdeva come indegno a favore del fisco ciò che gli era stato lasciato [67]). GIUSTINIANO aveva già giustificato questo diritto per un caso particolare [68]); nella Novella lo modifica completamente determinando un tempo entro il quale l'adempimento deve avvenire e disponendo che la perdita dell'eredità non avvenga più a titolo d'indegnità e chiamando per conseguenza parecchi altri prima del fisco. Questo diritto adunque è strettamente collegato col precedente e non occorre perciò ammettere un mutamento così violento e quasi un sovvertimento completo di quello come si è costretti ad ammettere quando si ritenga che GIUSTINIANO avesse davanti agli occhi il caso del testamento destituito.

Il LOEHR, pur non disconoscendo la connessione di questa disposizione col diritto dell'indegnità [69]), crede però che una disposizione della Novella non ancora qui enunciata, che è contenuta sulla fine del secondo capitolo, si possa spiegare soltanto supponendo che la Novella stessa si riferisca anche ad un testamento destituito. L'imperatore dispone che il testatore possa vietare la detrazione della quarta Falcidia e segue che l'erede può scegliere fra obbedire al testatore e lasciare l'eredità alle persone sopra nominate. Questa alternativa è così espressa nella Vulgata la quale, del resto, concorda col testo greco:

---

[67]) PAOLO, *S. R.*, III, 5, 13, L. ult. in f. Cod. *de fideic.*, 6, 42. La connessione della Novella col diritto dell'indegnità è stata riconosciuta sin da IRNERIO, il quale ha tratto dalla Nov. 1 l'autentica *hoc amplius* inserita a questo punto. Vedasi però sopratutto la esatta trattazione del CUIACIO nella *expositio novellarum* ad h. t.

[68]) Secondo la L. 33 pr. Cod. i discendenti istituiti eredi, se non vogliano soddisfare in natura i loro fratelli istituiti nella sola legittima, debbono pagar loro il terzo di più di quanto sia stato loro lasciato. CUIACIO, *Notae ad Pauli Sent. Rec.*, III, 13. — SCHULTING, *Jurisprudentia vetus anteiustin.*, pagina 352, nota 28. Confr. MAREZOLL nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile) di LINDE, MAREZOLL, e WENING-INGENHEIM, vol. III, Diss. XX.

[69]) Vedi il suo scritto nell'*Archiv, etc.* (Archivio della pratica civile), vol. V, pag. 391.

« Aut si parere noluerit, eum quidem recedere ab huiusmodi institutione, locum vero fieri (sicut dudum praediximus) substitutis; et coheredibus, et fideicommissariis, et legatariis, et iis, qui ab intestato sunt, et aliis, secundum prius a nobis inventam in talibus viam ».

Queste parole non dicono altro che quello che era già stato ordinato nel primo capitolo senza riguardo alla Falcidia, vale a dire, che se l'erede non vuole adempiere l'ultima volontà del testatore deve rinunciare al suo diritto lasciando il posto alle persone nominate. Giuliano però nella sua epitome latina delle Novelle così riferisce questo concetto, *sin autem repudiaverit hereditatem, locus fiat substitutis* [70]). Il Loehr parte dal concetto che Giuliano sia testimone ineccezionabile sul modo come s'intendeva la Novella ai tempi di Giustiniano e ne argomenta che non si possa ammettere che le parole in discorso fossero un'applicazione della disposizione di Giustiniano a questo caso speciale. Per qual ragione in fatto dovrebbe il legatario essere stato maggiormente favorito nel caso che il testatore avesse proibito di detrarre la quarta Falcidia che in quello che il testatore avesse lasciato applicare la regola legislativa? È molto più probabile adunque, egli dice, che qui si abbia l'applicazione ad un caso particolare di una regola generale, la regola secondo la quale nel caso di rinuncia per parte dell'erede istituito tutto dovesse regolarsi come già nel caso dei *caduca* colle sole modificazioni apportate dal primo capitolo della Novella fondate già o su un'antecedente costituzione di Giustiniano andata perduta o più probabilmente su un principio riconosciuto dalla consuetudine. L'una o l'altra di queste due congetture deve anche secondo il Loehr ammettersi necessariamente per la ragione che non si ha traccia neppur lontana che con questa disposizione si avesse in animo di fare un'innovazione vera e propria. Alla costituzione speciale sembrerebbero alludere le parole *sicut dudum praediximus*, ma la consuetudine sembrerebbe piuttosto da ammettere perchè questa disposizione non si spiega con alcuna delle costituzioni di Giustiniano a noi note. Questo principio si può esprimere nel seguente modo: in qua-

70) *Epitome Novellarum Constitutionum*, Nov. 1, n. 2.

lunque caso l'erede testamentario rifiuti di accettare l'eredità deferitagli si avvera quanto è stabilito nel primo capitolo della legge, cioè la successione è offerta alle persone nominate nella legge nell'ordine in cui esse sono nominate. Questa è soltanto una estensione assai naturale e una semplificazione di un principio già introdotto dal Senatusconsulto Pegasiano, secondo il quale l'erede al quale è imposto un *fideicommissum hereditatis* può essere costretto contro sua volontà ad accettare l'eredità ed a restituirla [71]). Questo diritto è stato esteso agli altri onorati, immediatamente per via di questa legge, in modo che non abbia più luogo una coazione all'accettazione, ma le persone chiamate dopo l'erede principale siano autorizzate *ipso iure* all'acquisto dell'eredità, mancando così anche quei piccoli vantaggi che restavano all'erede necessario costretto all'adizione secondo il Senatusconsulto Pegasiano. Questa è l'argomentazione del Loehr [72]). Ma per quel che riguarda in primo luogo l'analogia fra il diritto del Senatusconsulto Pegasiano e quello di cui ci occupiamo sembra che essa sia stata esagerata. Il fedecommessario universale ha diritto ad avere in tutto o per una quota l'eredità per volontà del testatore; è dunque naturale che la legge venga in aiuto di questa volontà. Quando invece la legge pone al posto dell'erede testamentario i legatari singolari o gli eredi intestati non si può dire che la volontà del testatore fosse diretta a ciò e che la legge non abbia fatto che supplire una forma per la realizzazione o completamento di questa volontà. Non si può dunque considerare l'innovazione di Giustiniano come un' estensione naturale del Senatusconsulto Pegasiano, la s'intenda essa alla lettera o si riferisca invece al testamento destituto. Anzi se si ritenesse per vera quest'ultima alternativa non sarebbe neppur dimostrabile un punto di contatto nell'antico diritto, come riconosce anche il Loehr coll'affermare l'esistenza di una legge a noi sconosciuta o di una norma di diritto consuetudinario. Ma la prova di questa sua affermazione sta tutta

---

[71]) Gaio, II, 258 e § 6 I. *de fid. her.*, 2, 23.

[72]) Loehr, loc. cit., pag. 396. Contro il Loehr è diretta principalmente la trattazione del Francke nei *Beiträge, etc.* (Contributi alla spiegazione di varii argomenti di diritto), Diss. VI, § 7, pag. 148 seg.

nell'osservazione che non vi è alcun motivo per dovere nel caso che il testatore abbia proibito la detrazione della quarta Falcidia attribuire ai legatari un diritto migliore che negli altri casi. Noi possiamo anche concedere questo [73]). Ma dov'è la prova che la disposizione contenuta sulla fine del secondo capitolo si riferisca alla rinuncia dell'eredità non ancora acquistata? Il nesso del testo prova piuttosto il contrario. Nel secondo capitolo si parla della detrazione della quarta Falcidia: l'imperatore ha anche qui per guida il concetto che l'erede debba seguire la volontà del testatore. La legge concede bensì all'erede la facoltà di detrarre la Falcidia, ma fa dipendere questo diritto dalla confezione di un inventario che avvenga in certo modo e dentro un tempo determinato; chi trascura di far ciò subisce la pena della perdita del diritto [73 a]). Qui è dunque come nel caso trattato nel primo capitolo: quando cioè i legati non siano pagati dentro il termine di un anno il danno minacciato dalla legge non è che una pena della mala volontà o della trascuratezza dell'erede che non adempie gli obblighi impostigli. Perciò il legislatore si riferisce anche in modo molto preciso alla sua precedente legge sul beneficio d'inventario [74]), la L. ult. Cod. *de iure deliberandi,* 6, 30, nella quale è ordinato che l'erede acquisti l'eredità senza subirne danno quando egli faccia l'inventario prescritto. La confezione di un inventario è dunque collegata coll'acquisto dell'eredità, salvo che l'erede non si faccia lasciare un termine per deliberare, e ciò è presupposto chiaramente anche nel nostro testo [75]). L'imperatore perciò stabilisce subito dopo senza interruzione che se il testatore abbia dichiarato che la quarta Falcidia non debba esser detratta, anche

73) Questa disposizione è considerata dal BALDUINO, *Comm. ad Nov. 1* in *Iurisprudentia Romana et Attica,* pag. 1206, come un diritto singolare pel caso che il testatore abbia vietato la detrazione della quarta. Confr. però anche pag. 121 *ibidem*, dove la disposizione di questo capitolo è spiegata esattamente dal punto di vista dell'indegnità.

73 a) Così dispone espressamente il § 2 del 1.° capitolo della nostra Novella.

74) Cap. 2 § 1 in pr.

75) *Ibidem.*: « Fiat igitur inventarium ab herede metuente, ne forte non habeat post debita et legata Falcidiam, secundum modum et tempora per quae dudum sancivimus, quando homines excepimus ex damno rerum suarum, *in aditionibus statuentes* onera usque ad substantiae relictae quantitatem ».

in questo punto si deve seguire la sua volontà e se l'erede non voglia assoggettarsi a questa egli possa rifiutare l'eredità ancorchè accettata e lasciarla alle persone nominate nel primo capitolo. Qui è usata una espressione che potrebbe riferirsi alla rinuncia di una eredità non ancora acquistata, ma che invece indica propriamente la rinuncia ad un diritto già acquistato, ἀναχωρῆσαι τῆς τοιαύτης ἐνστάσεως [76]). Non resta adunque che l'autorità dell'epitomatore GIULIANO per la quale dovrebbe essere ammesso che la dichiarazione finale del secondo capitolo si riferisca alla rinuncia dell'eredità non ancora acquistata e così debba intendersi per conseguenza anche la disposizione del primo capitolo. Tale conclusione appare già di per sè assai dubbia perchè fondata sul concetto che l'ultima disposizione non sia sufficientemente motivata. Tuttavia da un lato l'autorità di GIULIANO non è così decisiva, perchè non mancano esempi che egli abbia riferito in modo inesatto il senso delle Novelle epitomate; d'altro lato anche l'espressione *repudiatio* può essere intesa benissimo della rinuncia ad un diritto già acquistato, massime considerando il contenuto complessivo del capitolo. In esso non si considera neppur da lontano il caso di una eredità insolvente. Nel § 1 è detto che quando l'erede teme che non gli resterà la Falcidia dopo il pagamento dei debiti e dei legati egli debba garantirsi il suo diritto di detrazione colla compilazione di un inventario. Se il testatore abbia vietato questa detrazione l'erede deve rispettare questo divieto, ma è sempre lecito di rinunciare al diritto già acquistato quando egli non voglia sottoporsi all' adempimento degli oneri testamentari. Poichè evidentemente in questo caso si suppone che l'eredità sia solvente bisogna considerare che l'inadempimento dell'ultima volontà sia una rinuncia al diritto.

L'opinione che per la destituzione del testamento si faccia luogo senz'altro alla successione intestata è dunque quella per la quale stanno gli argomenti prevalenti [76 a]) e si può considerare ormai come

[76]) Vedi CUIACIO, *Expositio Nov.* alla parola ἀναχωρῆσαι — FRANCKE, loc. cit. pag. 149 seg.

[76 a]) L'opinione esatta è difesa oltre che dal CUIACIO e dal FRANCKE (vedi nota 72) con molta diffusione dal LAUTERBACH nella *Diss.* cit., § 27 seg. e dallo STRYKIO, *Tractatus de succ. ab int.*, Diss. I, cap. 1, § XXX-LVI.

un'opinione comune. I moderni Trattati e Commentari non ne riferiscono quasi altra e se talvolta fanno cenno della controversia l'opinione da noi confutata è respinta [77]).

Bisogna ora che noi riassumiamo il risultato della trattazione sin qui fatta sul *testamentum destitutum* considerandolo con particolare riguardo ai punti non ancora trattati.

Un testamento si dice destituito quando l'erede capace al momento della sua confezione non vuole o non può per qualsiasi motivo acquistare l'eredità. Se per tale ipotesi non sia stata ordinata alcuna sostituzione [78]) ha luogo la successione intestata. Una eredità già acquistata non può però più essere ripudiata salvo che l'erede sia un *heres suus* che usa del *beneficium abstinendi* [79]); l'erede estraneo o volontario può soltanto essere restituito contro l'adizione dell'ere-

---

77) L'opinione opposta è riprovata da HOFACKER, *Principia iuris civilis Romani-Germanici,* II, § 1353 nota *c*. — GUENTHER, *Principia iuris romani privati novissimi,* II, § 789 nota *b*. — THIBAUT, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Trattato del diritto delle Pandette), II, § 983, nota *k*, 8.ª edizione. — SCHWEPPE, *Das roem. Privatrecht* (Il diritto privato romano nella sua applicazione odierna), vol. V, § 872 nota 3 (4.ª ediz. curata dal MEIER). — WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), vol. III, lib. IV, § 110 nota *c*, § 175. — MÜHLENBRUCH, *Doctrina Pandectarum,* III, § 784 nota 2. — SEUFFERT, *Lehrbuch, etc.* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), III, § 551, nota 3. — HAIMBERGER, *Ius romanum privatum,* III, § 336 nota *a* (vedi anche l'edizione tedesca). — WARNKOENIG, *Comm. iuris Romani privati,* III, § 1084 nota 5. Il HARTITZSCH, *Das Erbrecht, etc.* (La eredità secondo il diritto romano e il diritto moderno), § 422, non fa neppur cenno di questa opinione; il HOEPFNER, nel suo *Commentar* (Commentario delle Istituzioni), § 522 n. 2 si esprime in modo incerto a proposito di essa; il solo che l'accetti è il MACKELDEY, *Lehrbuch* (Trattato del diritto romano attuale), § 675 nota *c* *l*).

78) Della questione veramente superflua se un testamento possa dirsi *destitutum* quando viene all'eredità il sostituto si occupa lo ZEPERNICK, *Diss.* II, § IX. Confr. infra il testo alla nota 97.

79) § 2 in f. I. *de her. qual. et diff.*, 2, 19.

---

l) L'opinione qui confutata dal nostro A. è stata sostenuta nuovamente dal HEIMBACH G. E. in un articolo inserito nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile del LINDE), vol. XIII, pag. 369, ma combattuta efficacemente ancora dal VANGEROW, *Pandette*, § 459.

dità per motivi determinati [80]. L'eredità già accettata può anche essere tolta all'erede per indegnità [81] o per la disposizione della Nov. 1 quando dopo un anno dall'accettazione e dalla rinuncia giudiziale non abbia adempiuto gli oneri testamentari. Gli eredi necessari conservano però in tal caso la loro legittima [82] e i minori sono esclusi completamente da questa disposizione [83]. Inoltre si richiede: *a*) che gli oneri siano validamente imposti [84], quindi che vi sia una obbligazione di adempierli, di maniera che le condizioni contrarie alla legge o al buon costume debbano anche sotto questo riguardo considerarsi come non scritte [85]; *b*) che la disposizione non sia tale che possa adempiersi anche senza il fatto dell'erede [86], come i legati di libertà [87]; *c*) che il testatore non abbia stabilito una diversa sanzione penale pel caso di inadempimento. La legge infatti limita il diritto dell'erede, ma non la libertà di disporre del testatore; la pena ordinata da questo deve dunque sottentrare a quella stabilita nella legge [88]. Ma che cosa sarà da dire qualora il testatore abbia disposto che in caso di inadempimento l'erede perda il diritto alla

---

80) Sulle cause di restituzione confr. la mia *Doctrina Pandectarum*, III, § 785.

81) L'esposizione dei singoli casi di indegnità e la ricerca sul significato pratico di essi deve qui esser lasciata in sospeso. Vedi infra libro XXXV, tit. 9 *de his quae ut indignis auferuntur*.

82) Nov. 1 cap. 1 § 1. Questa limitazione è enunciata qui due volte; la seconda volta però la Vulgata traduce molto inesattamente le parole che la indicano *et legitima per hanc legem parte exclusus*. L'originale ha περικλεισθέντα che deve tradursi con *conclusus*, cioè *limitato* riguardo alla legittima. Vedi Contius edizione delle Novelle ad v. *exclusus*. — Balduino *ad eundem locum, Iurisprudentia Romana et Attica*, I, pag. 1203. — Cuiacio *ad eundem loc.* — — Zepernick, *Diss.* I, pag. 89. Del resto si può ammettere senza esitanza che anche alla moglie spetti per la sua porzione statutaria lo stesso diritto, non potendo quella esserle tolta arbitrariamente. Vedi Strykio, *Diss.* cit., § XXXVII.

83) Nov. 1, c. 4, § 1.

84) Cap. 1 pr.

85) Strykio, loc. cit., § XXXII, XXXIV.

86) *Ibid.*: « . . . vel si non fiat ab eo, qui honoratus est, tamen ratum esse expresse iam demonstrat ».

87) Stryk, loc. cit., § XXXIII.

88) Arg. L. 27 D. *de cond. et demonstr.*, (35, 1). Strykio, loc. cit., § XXXVIII.

eredità? Se egli abbia stabilito chi debba entrare nel posto dell'erede la sua volontà sarà eseguita, ma se egli abbia detto soltanto in genere che l'erede deve perdere il suo diritto si ammette di solito che si apra la successione intestata [89]. La nota regola d'interpretazione per le disposizioni private secondo la quale in dubbio non si deve ritenere che il disponente si sia allontanato dalla disposizione della legge [90] porterebbe però ad altra conclusione. Il testatore non ha disposto a favore di alcuno, soltanto ha escluso l'erede; ora questo scopo si raggiunge ugualmente bene tanto se si segue l'ordine di successione determinato dalla legge quanto se si applica la successione intestata.

Considerando ancora la differenza fra gli effetti della repudiazione vera e propria e quelli dell'esclusione dall'eredità secondo la Nov. 1, in primo luogo appare che le obbligazioni ereditarie non possono passare affatto in colui che non è propriamente erede. D'altra parte coloro che hanno acquistato un diritto contro l'erede per l'accettazione da questo fatta non debbono perderlo per effetto della mala volontà o della negligenza di esso. Ne consegue che l'erede principale resta obbligato verso i creditori ereditarii ed i legatarii quando nessuna delle persone alle quali la Novella offre il diritto di successione voglia accettarlo. La legge non contiene in proposito alcuna disposizione espressa, ma essa non fa che limitare il diritto dell'erede principale, essa minaccia a questo una pena pel caso che non adempia la volontà del testatore entro un tempo determinato; i legatarii quando è il loro turno possono sottentrare nel posto dell'erede principale prestando cauzione, ma non si parla di obbligo a ciò e tanto meno è detto che essi perdano per il rifiuto il diritto già da loro acquistato contro l'erede. L'opinione da noi difesa si presenta adunque senza dubbio come la più conseguente [91].

Altre differenze appaiono pure facilmente da una argomentazione conseguente dai noti principii del diritto ereditario. 1.° I legatarii non hanno nel caso di rinuncia per parte dell'erede principale alcun

---

89) Stryk, loc. cit., § XXXIX.

90) L. 16 D. *de cond. et dem.*, 35, 1.

91) Strykio, loc. cit., § 1.

diritto sul patrimonio ereditario, salvi i casi nei quali il fedecommessario universale può costringere l'erede fiduciario ad adire e restituire l'eredità o quelli nei quali ciò si considera avvenuto [92]). 2.° La rinuncia all'eredità non ancora acquistata fa nascere immediatamente il diritto degli eredi intestati; in tal caso pertanto non si può parlare di una prelazione dei legatarii e neppure si può stabilire il decorso di un qualche termine prima che abbia luogo il diritto degli eredi intestati; questo nasce subito appena sia avvenuta la rinuncia [93]). 3.° Consegue da ciò che neppure i diseredati possono essere esclusi dagli altri eredi intestati perchè una volta aperta la successione intestata la diseredazione non può più avere alcun effetto [94]). 4.° Gli eredi intestati, succedendo come tali, non possono esser costretti al pagamento dei legati salvo che al testamento sia aggiunta la clausola codicillare, essendo in tal caso ammesso per la comune ed esatta opinione che il testamento destituito si muti in un codicillo intestato e gli eredi intestati si hanno perciò obbligati all'adempimento di tutte le disposizioni che possono validamente coordinarsi in un codicillo [95]). 5.° Se gli eredi intestati non vogliono la eredità essa va al fisco, nè può nel caso di rinuncia ad un'eredità ancora acquistata parlarsi di preferenza di alcun terzo al fisco [96]).

In questa materia vi sono ancora alcune controversie delle quali però basterà toccare brevemente essendo esse di assai scarso interesse. Si domanda se il testamento debba ritenersi destituito quando nel luogo dell'erede entri il sostituto, o quando l'eredità non acquistata

---

92) L. 9 D. *de test. tut.* L. 73 pr. in f. D. *ad Leg. Falcid.* 35, 2. — Strykio, loc. cit., § LIV, num. 2.

93) Lauterbach, *Diss.* cit. § 38, — Francke, op. cit., pag. 152.

94) L. ult. D. *de lib. et postum.* 28, 2. L. 1 § ult. D. *si tab. test. nullae exstab.* 38, 6. — Vedi pag. 265 nota 11 e pag. 543 nota 41 del vol. precedente. Francke, *Notherbenrecht* (Diritto degli eredi necessari), pag. 141, 386 seg.

95) Seeger, *Vis et facultas clausulae codicillaris testamento destituto*, Lipsiae 1767. — Hoepfner, *Comm.*, § 522 nota 2. Quest'opinione non manca di avversarii (vedi per esempio Henne, *Diss. de vi et potestate clausulae codicillaris testamentis, quae ex post infirmantur, adiectae*, Erfordiae 1773). Ma poichè non si tratta qui di mantenere in vigore colla clausola codicillare nè istituzioni dirette nè diseredazioni, l'opinione comune si giustifica facilmente. Di ciò però parleremo soltanto in appresso al § 1518.

96) Strykio, loc. cit., § LIV, n. 6.

si trasmetta in via straordinaria all'erede degli eredi, o quando l'erede perda l'eredità come indegno.

Alla prima questione si deve indubbiamente rispondere in senso negativo, perchè come si potrebbe chiamare destituito un testamento quando esiste un erede secondo la volontà in esso dichiarata del testatore? [97]). Alla seconda questione si risponde affermativamente dallo ZEPERNICK per la ragione che l'erede nominato è secondo lui venuto a mancare e al posto di esso è sottentrata una persona che il testatore non aveva avuto di mira; ora questi sono i caratteri del *testamentum destitutum* [98]). Io però non esito a rispondere in senso negativo anche a questa questione. La legge concede all'erede dell'erede di poter adire l'eredità a questo lasciata. Il diritto dell'erede nominato non si considera adunque estinto in tal caso, perocchè altrimenti esso non potrebbe essere trasmesso ai suoi eredi e nulla muta il fatto che ciò sia stabilito per un beneficio di legge, e si potrebbe anche dire per una finzione, contro la regola generale. L'erede nominato appare sempre come l'avente diritto e la successione intestata è esclusa sul fondamento della disposizione del testatore [99]), di maniera che manca anche l'effetto che secondo l'opinione più esatta deve considerarsi come l'effetto normale della destituzione del testamento. Del resto questa questione non ha alcun interesse pratico perchè nessuno pone in dubbio che l'erede dell'erede debba quando adisce l'eredità adempiere gli oneri testamentari come l'erede stesso, se egli poi rinuncia all'eredità sottentrano gli effetti consueti della destituzione del testamento.

Più dubbia sembra la risposta alla terza questione, quando l'erede perda il diritto per indegnità. Si suol distinguere se questo avvenga dopo l'adizione o prima. Nel primo caso si ammette che il testamento non sia destituito, nè si può seguire opinione diversa perchè l'indegno stesso appare in certo riguardo come un vero erede, restando ancora a suo danno gli effetti della confusione già avvenuta [100]). Nel secondo caso invece si può dire che vi ha destituzione

97) Vedi la nota 78.

98) ZEPERNICK, *Diss.* II *de test. destituto*, § VIII.

99) Vedi la mia *Doctrina Pandectarum*, III, § 702.

100) L. 29 § 1 D. *de iure fisci* (49, 14). L. 8, L. 17 in f. L. 18 § 1 in f. D. *de his, quae ut indignis aufer.* (34, 9).

di testamento perchè l'indegno cessa di essere erede e nel suo posto entrano altri che il testatore non ha nominati. Tuttavia è contrario alla sicurezza dei concetti giuridici il classificare i diritti secondo la concordanza dei loro effetti, che è spesso cosa del tutto casuale [1]). Il *testamentum destitutum* suppone che l'erede non voglia accettare l'eredità oppure che egli sia divenuto fisicamente o giuridicamente incapace, che gli manchi cioè la testamentifazione passiva. L'indegnità non costituisce una tale mancanza ed è invece un motivo di esclusione semplicemente relativo che opera soltanto in particolari riguardi. Si aggiunga anche che ben di rado per effetto dell'indegnità si fa luogo alla successione intestata e che in ogni caso colui che entra nel posto dell'indegno deve anche per regola adempiere i legati ordinati per testamento [2]).

Si è sostenuto da alcuni che secondo il diritto canonico il testamento non possa essere più destituito per rinuncia all'eredità, per la ragione che l'erede il quale dentro un anno non adisca l'eredità e non adempia gli oneri può esservi costretto, ma questa è opinione che non si comprende come possa esser nata [3]). Essa è stata occasionata dal cap. 3, X. *de testamentis*, 3, 26 il quale considera il seguente caso: una certa Teodosia era stata nominata erede in un testamento coll'onere di fondare un chiostro. Il vescovo, dice il nostro testo, deve rammentare all'erede che essa deve adempiere l'onere entro l'anno e se essa ciò non faccia deve egli stesso curarne l'adempimento:

« Quam ob rem te hortamur, ut eam commoneas, quatenus intra annum monasterium, quod iussum est, debeat ordinare, et cuncta secundum voluntatem defuncti sine altercatione construere. Quod si intra praedictum tempus ... implere neglexerit, tunc per te aedifi-

---

[1]) Quest'osservazione può servire ad evitare anche un'altra questione, che lo ZEPERNICK tratta nel § 10 della sua seconda dissertazione: « num testamentum fiat destitutum, si heredis institutio pro non scripta habita est? ».

[2]) L. 96 § 1 D. *de leg.* I, L. 60 § 1 D. *de cond. et dem.* (35, 1). L. 3 § 5 D. *ad Sct. Treb.* (36, 1). — ZEPERNICK, *Diss. II*, § XII.

[3]) Vedi THOMASIUS (resp. REIMERS), *Diss. de differentiis iuris civilis et canonici in doctrina de testamentis*, cap. 1 § 14. — ZEPERNICK, *Diss.* II, § XII, il quale confuta pienamente quest'opinione.

cetur, et omnia per te loco ipsi (venerabili) sine deminutione qualibet assignentur. Sic enim secundum piissimas leges dilatas defunctorum pias voluntates episcopali decens est studio adimpleri ».

Qui non si accenna neppur lontanamente ad una coazione all'accettazione dell'eredità; al contrario è supposto evidentemente che la eredità fosse già accettata perchè altrimenti non avrebbe potuto parlarsi di invito all'adempimento dell'onere. Ma, anche astraendo da ciò, il rescritto papale contiene soltanto un'applicazione di ciò che da lungo tempo era stato ordinato nelle Costituzioni degli Imperatori cristiani, come cioè le disposizioni testamentarie a favore di scopi pii dovessero essere eseguite dai vescovi quando gli eredi si rifiutassero o indugiassero troppo ad adempierle [4]). Il papa fa anche espresso richiamo a queste *piissimae leges* ed egli certamente aveva presente la disposizione di GIUSTINIANO nella Nov. 1; ciò risulta dal fatto che egli impone l'obbligo al vescovo di cominciare l'edificazione del chiostro appunto un anno dopo il monito all'erede.

---

[4]) Confr. L. 28, L. 46, L. 48 Cod. *de episcopis et clericis*, 1, 3. Nov. 131 c. 1.

TITOLO IV.

De his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur

§ 1434.

Della distruzione fisica del testamento e degli effetti ordinarii di essa.

Il testamento è annullato per volontà del testatore, in primo luogo quando egli lo revochi nel modo prescritto dalla legge, in secondo luogo mediante la confeziene di un nuovo testamento o colla distruzione fisica di esso o del suo contenuto. La prima è la revoca verbale, la seconda la revoca reale [5]). Della prima abbiamo già trattato ampiamente [6]), non meno che della revoca reale mediante la confezione di un nuovo testamento [7]). Oggetto di questo titolo è la revoca reale mediante la distruzione del testamento o del suo contenuto.

Si annulla il testamento *a*) mediante la distruzione materiale di esso. A questa equivale anche il volontario strappare o fare a pezzi dei fogli o anche il tagliare i nastri o cordoni coi quali il testa-

---

5) Vedi il § 1429 sopra a pag. 161. La distruzione fisica del testamento, o la revoca reale potrebbero anche indicarsi colla parola *rumpere*, come fa il Brissonio, *De verb. sign.*, v. *rumpere*, § 4; ma non vi ha di ciò alcuna conferma nelle fonti. Vedi sopra pag. 167 nota 46.

6) Vedi il titolo precedente § 1429 pag. 161 seg.

7) Vedi § 1430, § 1431 pag. 218 seg.

mento sia chiuso [8]) [m]) o distruggere i sigilli [9]). *b*) Mediante la cancellazione del suo contenuto, alla quale appunto si riferiscono più direttamente le parole della rubrica del titolo [10]). Soltanto le prime due si riferiscono ad una cancellazione o distruzione dello scritto. Nelle tavole cerate la scrittura si raschiava colla punta dello stilo, ciò che si chiamava *delere*, o si cancellava coll'estremità larga opposta del medesimo, ciò che si diceva *inducere* [11]). Quest'ultima cosa accadeva di solito nella correzione delle scritture perchè sulla cera così cancellata si poteva nuovamente scrivere [12]) ed è molto

---

8) Dopo il S. C. Neroniano, il contenuto del quale ci è riferito da Paolo, *Sent. Rec.*, V, 25 (*ad legem Corneliam testamentariam*), § 6, i testamenti dovevano esser legati e suggellati in una maniera speciale. In seguito venne anche l'uso di chiudere il testamento in una busta di tela e di suggellare questa. L. 22 § ult. D. *qui test. fac. poss.*, 28, 1. Vedi su tutto ciò il vol. I, di questo libro pag. 390 § 1415 *b*. Ai testamenti legati secondo le disposizioni del S. C. Neroniano, cioè con triplice nastro, si riferiscono le parole di Ulpiano: se il nastro sia avvolto tre o quattro volte (come soleva avvenire per eccesso) il testamento si ha per suggellato (*tabulae signatae*), ancor che uno dei nastri si trovi distrutto. L. 1 in f. Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. Vedi su questo testo vol. I di questo libro pag. 390 nota 60.

9) L. 1 § 10 D. *de bon. poss. sec. tab.* (37, 11). L. 1 § 8 D. *si tab. test. nullae extab.* (38, 6).

10) Le parole della rubrica del titolo si trovano anche in Svetonio, *Vita Neronis*, con questo piccolo mutamento dell'ultima « multa et deleta et inducta et *superscripta* inerant » cap. 52 in fine.

11) Hubero, *Praelectiones iuris romani*, III ad h. t. § 1.

12) Vedi Adam, *Handbuch der roem. Alterthümer* (Manuale di antichità romane pubblicato da I. L. Meier), 2.ª ediz., vol. II, pag. 363. Da ciò l'Oraziano *saepe stylum vertas*, *Satyrae* I, 10, v. 72.

---

m) Su questo particolare caso di distruzione sono da vedersi: Krueger, *Kritische Versuche im Gebiete des R. R.* (Saggi critici nel campo del diritto romano), Berlino 1870 pag. 1 seg. — Leist, Continuazione del presente *Commentario*, libri 37 e 38 vol. IV, pag. 200 seg. nell'edizione tedesca. — Schirmer, *Vom Widerruf des Testamentes durch Zerstoerung des Verschlusses* (Della revoca del testamento mediante distruzione della legatura) nella *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte* (Rivista di storia del diritto della fondazione Savigny), vol. VII, parte romanistica, fasc. I, pag. 1 seg. — Krueger, *ibidem* fasc. II, pag. 91 seg., *Ueber den Widerruf eines Testaments durch Zerschneiden des linum* (Sulla revoca di un testamento mediante il taglio del *linum*) e di nuovo Schirmer nella stessa *Rivista*, vol. VIII, pag. 99 in replica al Krueger e infine alcune osservazioni di questo scrittore su quest'ultima replica, *ibidem*, VIII, 10?.

probabile che con questa fosse almeno in origine collegata anche la parola *inscribere* o *superscribere,* che pure si trova nel testo per indicare la correzione o il mutamento che si scriveva sul medesimo luogo dove si era fatta la cancellatura. Così è spiegata la parola anche nel FORCELLINI, dove appunto la nostra rubrica è citata come l'unica autorità: *inscribere est etiam veteri scripturae aliam ita inducere ut, priore obscurata, recentior tantum appareat* [13]). E aggiunge poi: *differt autem a superscribere id enim est, intacta remanente priore scriptura, aliud superius scribere*; ma questa spiegazione è troppo ristretta perchè anche intendendo la parola nel significato ora consueto, con essa s'intende sempre qualunque scrittura fatta sul già scritto, sia esso cancellato o no. Del resto che *superscribere* possa avere anche il significato di *inscribere* è provato dal seguente testo di GELLIO [14]):

« Cum ita in Catilina [15]) scriptum esset: Saepe maiores vestrum miseriti plebis Romanae, vestrum obleverunt [16]), et vestrum superscripserunt ».

Se per tal modo si spiega come quelle tre parole fossero adoperate promiscuamente nelle fonti dalle quali i compilatori le attinsero, non deve però negarsi che esse fossero già dai giureconsulti classici riferite al modo più tardi venuto in uso ed anche oggi seguìto di scrivere e di cancellare o migliorare o dichiarare il già scritto, in modo che in particolare *superscribere* indichi scrivere sopra la linea o un'annotazione o spiegazione aggiunta al già scritto [17]), mentre simili spiegazioni quando erano aggiunte in margine o alla fine si indicavano colla parola *adscribere* [18]). La cancellazione dello scritto è indicata anche con altre parole quali: *cancellare* [19]), *perdu-*

---

13) FORCELLINI, *Totius latinitatis lexicon* v. *inscribo*, in f.

14) *Noctes Atticae*, lib. XX, cap. 6 verso la fine.

15) Qui si allude al testo del *Catilina* di SALLUSTIO, cap. 34, o secondo altre edizioni 33.

16) Quest'espressione indica la radiazione del passo cancellato colla stessa materia della quale constavano le lettere cancellate. La lezione *aboleverunt* accolta da alcuni editori non è contraria al senso qui ammesso.

17) Così nella L. 1 § 1 in f. D. h. t. e nella L. 8 Dig. *test. quem. aper.* 29, 3.

18) L. 1 § 1 D. h. t.

19) L. 2 D. h. t.

cere [20]), nella frase *si novissime ut solet testamentum fuerit adscriptum; lituras, inductiones, superinductiones ipse feci* [21]) quest'ultima parola si riferisce ad una cancellazione ripetuta ossia ad una cancellazione della *superscriptio* [22]).

Se il testamento è stato distrutto volontariamente dal testatore o per suo ordine, esteriormente o nel suo contenuto, esso cade; nel caso di una cancellazione solo parziale del contenuto si annulla la parte cancellata [23]). Nel primo caso secondo le regole ordinarie si dovrebbe far luogo alla successione intestata, e ciò è riconosciuto in generale:

L. 1 § 8 D. *si tab. test. nullae extab.* 38, 6. « Si heres institutus non habeat voluntatem, vel quia incisae sunt tabulae, vel quia cancellatae, vel quia alia ratione voluntatem testator mutavit, voluitque intestatus decedere [24]): dicendum est, ab intestato rem habituros eos, qui bonorum possessionem acceperunt » [25]).

La cancellazione del contenuto essenziale, cioè nel caso particolare delle istituzioni d'erede, vale per regola come annullamento di tutto il contenuto perchè *cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent* [26]), onde anche pei testamenti è

---

20) L. 8 § 3 D. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. Nella L. 1 pr. in f. è detto: « Sed nolentibus (ALOANDRO, volentibus) inducta accipiendum est, et si perducta sint ». Qui *inducta* significa il semplicemente radiato, *perducta* il cancellato assolutamente. Il senso è che ciò che importa è sempre la volontà del testatore, si tratti di semplice radiazione o di cancellazione completa; la prima può avvenire per mero caso più facilmente che l'ultima, ma è possibile che anche questa avvenga senza volere. Confr. HUBERO, loc. cit.

21) L. 1 § 1 Dig. h. t.

22) Ulrico HUBERO, loc. cit. In ispecie però vedi su tutte le espressioni qui indicate, G. MARANO, *Paratitla Dig. ad h. t.*, pag. 498 ediz. Tolosa 1667.

23) L. 2 D. h. t. L. 30 C. *de testamentis* (6, 23. L. 2 § 7. L. 8 § 3 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11.

24) Queste parole si riferiscono al fatto che nella *inductio nominum* molto spesso c'è anche una dichiarazione d'indegnità, della quale si parlerà più oltre.

25) Concorda la L. ult. in f. Dig. h. t.: « si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, et hoc adprobaverint hi qui ab intestato venire desiderant: scriptis avocabitur hereditas ».

26) L. 118 D. *de regul. iur.*, 50, 17.

riconosciuta la regola che col cadere dell'istituzione d'erede perdano la loro forza anche i legati [27]). Spesso però la cancellazione è considerata come una dichiarazione di indegnità e per conseguenza l'erario od il fisco entrano nel luogo degli eredi intestati e i legati sono mantenuti in vigore per un principio di equità introdotto da MARCO AURELIO.

L. 3 D. *h. t.* (MARCELLUS Lib. 29 *Digestorum*). « Proxime in cognitione Principis, cum quidam heredum nomina induxisset, et bona eius ut caduca a fisco vindicarentur, diu de legatis dubitatum est, et maxime de his legatis, quae adscripta erant his, quorum institutio fuerat inducta. Plerique etiam legatarios excludendos existimabant; quod sane sequendum aiebam, si omnem scripturam testamenti cancellasset. Nonnullos opinari, id iure ipso perimi, quod inductum sit, cetera omnia valitura. Quid ergo? non [28]) et illud interdum credi potest, eum, qui heredum nomina induxerat, satis se consecuturum putasse, ut intestati exitum faceret? Sed in re dubia benigniorem interpretationem sequi, non minus iustius est, quam tutius [29]). Sententia imperatoris Antonini Augusti, Pudente et Pollione consulibus [30]): Cum Valerius Nepos mutata voluntate et inci-

---

[27]) L. 8 § 16. D. *de inoff. test.*, 5, 2. L. 17 D. *de ini. rupto, irrito facto test.* 28, 3.

[28]) Molti editori leggono *num et illud* e questa lezione è preferita dal BRENKMANN salvo che si volesse leggere *nonne*, ciò che si spiegherebbe facilmente ammettendo una geminazione (*nonet*). Ciò però non è necessario, perchè *non* ha molto spesso il significato di *nonne*. Confr. S. R. JAUCH, *De negationibus Pand. Flor.*, pag. 55.

[29]) Questo principio di equità è stato dal nostro testo riprodotto poi anche nelle regole generali. La L. 192 § 1 D. *de reg. iuris* (« In re dubia benigniorem interpretationem sequi: non minus iustius est, quam tutius ») è per esempio tratta dallo stesso libro XXIX dei Digesti di ULPIO MARCELLO. Vedi GOTOFREDO, ad h. l. negli opuscoli editi dal TROTZ, BLUHME, *Diss. de geminatis et similibus quae in Digestis inveniuntur capitibus*, Jenae 1820, pag. 37.

[30]) Questo consolato cade nell'a. 166 o 167 dopo Cristo e toglie ogni dubbio sul punto che l'imperatore, la cui sentenza è riferita, sia M. AURELIO ANTONINO. Vedi WESTENBERG, *Divus Marcus seu Dissertatio ad constitutiones M. Aurelii Antonini* (dove si trova una interpretazione completa del nostro testo), § XI, TYDEMANN, *Diss. de L. Ulpii Marcelli iuris consulti vita et scriptis*, Trajecti ad Rhenum 1762, riprodotto anche nel *Thesaurus* dell'OELRICH, vol. I, t. I n. 1, c. II, § 3.

derit testamentum suum, et heredum nomina induxerit, hereditas eius secundum Divi patris mei constitutionen ad eos, qui scripti fuerint, pertinere non videtur [31]). Et advocatis fisci dixit: vos habetis iudices vestros [32]). Vivius Zeno dixit: rogo, domine imperator, audias me patienter: de legatis quid statues? [33]). Antoninus Caesar

---

31) Questa decisione stabilisce innanzi tutto soltanto il punto fondamentale, l'esclusione degli eredi istituiti. L'Imperatore invoca per ciò la costituzione del suo padre adottivo Antonino Pio (Westenberg, loc. cit., § 13), prima dunque non era ancora del tutto certo che nella cancellazione del nome di un onorato stesse una revoca efficace del diritto a lui lasciato. Vedi anche la trattazione, che segue nel testo, sul diritto del fisco.

32) Non si può negare che in queste parole stia un invito agli avvocati del fisco a dimostrare i diritti di questo. Secondo l'interpretazione della Glossa l'Imperatore rimanda gli avvocati ai magistrati aventi giurisdizione sulle cose del fisco, cioè ai *praefecti aerarii* (Glossa Accursii, *vestros* ad h. l. Nello stesso senso Westenberg, *Diss.* cit. § XV), nè si può negare la giustezza di questa interpretazione. Il giurista dà come *sententia imperatoris* soltanto la dichiarazione che la *inductio nominum* costituisce l'esclusione degli eredi, e dalla trattazione seguente si vede infatti che l'imperatore cercava di evitare di pronunciarsi direttamente e con precisione sulle ulteriori conseguenze. Questo medesimo caso considera senza dubbio anche Papiniano quando nel XVI libro delle sue Questioni (L. 12 D. *de his quae ut ind.* 34, 9) riferisce che l'imperatore Marco Aurelio era d'opinione che la *inductio nominum* costituisse dichiarazione d'indegnità, onde rimandò la causa ai *praefecti aerari:* « Cum quidam scripsisset heredes, quos instituere, non potuerat, quamvis institutio non valeret, neque superius testamentum ruptum esset, heredibus tamen ut indignis, qui non habuerunt supremam voluntatem, abstulit iam pridem senatus hereditatem. *Quod D. Marcus in eius persona iudicavit, cuius nomen peracto testamento testator induxerat: causam enim ad Praefectos aerarii misit. Verum ab eo legata relicta salva manserunt.* De praeceptionibus eidem datis voluntatis erit quaestio, et legatum ei non denegabitur, nisi hoc evidenter testatorem voluisse appareat ».

Le parole *causam ad praefectos aerarii misit* non significano che attribuì l'eredità ai prefetti dell'erario, bensì che gli avvocati del fisco dovevano far valere le pretese del fisco davanti a quei magistrati. Vedi su ciò e sulla connessione di questo testo col nostro, Cuiacio, *In librum XVI Quaestionum Papiniani ad h. l.*

33) I presenti chiedono dunque all'imperatore una decisione anche sui legati. Ma chi era questo Vivio Zenone che dirigeva la domanda all'imperatore? Di solito si ritiene, e così già la Glossa, che egli fosse un legatario, onde si propone anche da alcuni una correzione, per la quale invece di leggere in seguito *Cornelius Priscianus advocatus Leonis* si vorrebbe leggere *advocatus Zenonis*, o viceversa invece di *Vivius Zeno* si leggerebbe qui *Vivius*

dixit: videtur tibi voluisse testamentum valere, qui nomina heredum induxit? [34]) Cornelius Priscianius advocatus Leonis (v. nota 33) dixit: nomina heredum tantum induxit. Calpurnius Longinus advocatus fisci dixit: non potest ullum testamentum valere, quod heredem non habet. Priscianus dixit: manumisit quosdam, et legata dedit [35]). Antoninus Caesar remotis omnibus cum deliberasset, et admitti rursus eodem [36]) iussisset, dixit: causa praesens admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit. Nomen servi, quem liberum esse iusserat, induxit [37]). Antoninus rescripsit: liberum eum nihilominus fore; quod videlicet favore constituit libertatis ».

Il contenuto essenziale di questo testo è il seguente: la revoca fatta tacitamente mediante la *inductio nominum* deve riferirsi soltanto alle parti effettivamente cancellate, anche nel caso che siano cancellati i nomi di tutti gli eredi e conseguentemente, a rigore, il contenuto generale del

---

Leo, ma tale correzione manca di appoggio nei manoscritti. Vedi Grozio, *Florum sparsio ad ius Iustinianaeum,* pag. 195 in f. La Glossa ritiene che Leone fosse un secondo legatario. Così pure il Westenberg, *Diss.* cit. § XVI, XVIII. Vedi anche la nota seguente.

[34]) Questa domanda fatta dall'imperatore, colla quale egli espone anche la sua opinione che, almeno a rigor di diritto, il testamento non valga, conferma l'opinione che Vivio Zenone fosse uno dei legatarii; può forse il testatore, che ha cancellato i nomi degli eredi, aver voluto che qualche cosa restasse ancora in vigore nel testamento? Ecco la domanda dell'imperatore. Vedi Westenberg, *Diss.* cit. § XVII.

[35]) L'avvocato del fisco era d'opinione che l'intero testamento fosse nullo quando l'erede istituito era escluso. L'avvocato del legatario obietta: ma vi sono anche delle manomissioni e dei legati; qui dunque, dove la volontà del testatore è favorevole, non può la nullità estendersi oltre le istituzioni di erede.

[36]) Aloandro e altri editori leggono *eosdem,* cioè, egli ordinò alle parti di comparire nuovamente, ma anche la lezione fiorentina dà un senso ottimo; l'imperatore rimandò le parti *in eum locum unde remoti erant.*

[37]) Si era osservato che era stato cancellato anche il nome di un servo manomesso. A. Fabro, *Errores pragmaticorum,* Dec. XXXIX, err. X, num. 5 crede che qui si tratta di uno schiavo istituito *cum libertate,* e ciò desume dall'insieme del discorso. Ma questo prova proprio il contrario perchè poco prima le manomissioni sono contrapposte alle istituzioni d'erede proprio come gli altri legati.

testamento dovrebbe cadere [38]). Anzi in riguardo ai legati di libertà una semplice revoca tacita non deve esser tenuta in considerazione, occorre una revoca esplicita; qui si applica *in favorem libertatis* la regola *quoties dubia interpretatio libertatis est, secundum libertatem respondendum erit* [39]).

Ma non dovrà valere lo stesso anche quando si faccia luogo alla successione intestata? Alcuni lo affermano [40]) e argomentano in primo luogo dal fatto che una revoca tacita distrugge la prima disposizione *ipso iure* soltanto quando sia fatta mediante la confezione di un nuovo testamento, altrimenti essa opera soltanto come revoca di ciò che appare contrario alla volontà del testatore [41]). Si potrebbe dire adunque che qui non si applica la regola del diritto civile secondo la quale coll'istituzione d'erede cadono tutte le altre disposizioni, e che questa è semplicemente un caso di annullamento *per exceptionem* di ciò che il testatore non ha più voluto che valesse [41 a]). Un altro argomento si trae dal fatto che il nostro testo sembra riconoscere in modo generale, che l'equità imponga di limitare l'invalidità derivante dalla *inductio nominum* a quella parte della disposizione che effettivamente fu cancellata [42]); infatti anche nel testo precedente, dove non è parola del diritto dell'erario, si dice che in dubbio deve ammettersi che i legati si mantengano in vigore [43]).

Il primo argomento non proverebbe nulla quand'anche esso si potesse ritenere esatto, ciò che non è però, come si dimostrerà in

---

38) GOTOFREDO ad L. 192 Dig. *de reg. iuris*. Opuscoli editi del TROTZ, pag. 1203.

39) L. 20 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17; L. 179 *eod.* WESTENBERG, *Diss.* cit., § XXII.

40) CUIACIO, ad L. 2 D. h. t. WESENBEC, *Paratitla in Pandectas iuris civilis* ad h. t. — VOET, *Comm. ad Pandectas*, h. t., § 3.

41) L. 1 § 3 D. h. t.

41 a) Questo è anche il modo più comune di esprimere la cosa. STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum*, h. t. § 3. In contrario però vedi la trattazione seguente.

42) Questo è riconosciuto anzi pei legati di quegli eredi che per la *inductio nominum* perdono le loro quote ereditarie. L. 12 in f. Dig. *de his quae ut ind. auf.*, 34, 9. Vedi questo testo nella nota 32.

43) L. 2 in f. D. h. t. « . . . in ambiguo tamen interpretandum erit, . . . legata deberi ».

seguito. Infatti dal punto di vista materiale non vi è differenza tra l'essere un diritto estinto *ipso iure* ovvero *ope exceptionis* [43 a]). Più grave è il secondo argomento, ma in contrario possono opporsi le seguenti considerazioni. La regola che per l'annullamento dell'istituzione di erede cadono anche le altre disposizioni del testamento è riconosciuta come regola generale anche pel diritto successorio pretorio, e le deviazioni da essa sono sempre considerate come eccezioni [44]). Anzi, in origine anche il fisco quando rivendicava una eredità tutta intera non dovea pagare i legati [45]): e il principio *caduca cum suo onere fiunt ideoque libertates et legata salva sunt* [46]) non conteneva propriamente una deviazione da quella regola perchè in esso era considerata soltanto la caducità secondo la legge Giulia e Papia, ed era supposta perciò l'esistenza di coeredi e conseguentemente escluso il diritto di accrescimento dell'erario [47]). Sembra che un rescritto dell'imperatore ANTONINO PIO abbia ammesso per primo l'eccezione secondo la quale quando l'eredità era rivendicata dal fisco per cagione di un fedecommesso tacito, cioè perchè era stato ordinato un fedecommesso in frode delle regole legislative sul *ius capiendi* [48]), le disposizioni testamentarie non contrarie alla legge dovevano essere adempiute [49]). L'imperatore MARCO AURELIO ammise lo stesso principio pei casi nei quali la cancellazione della disposizione si doveva considerare come una tacita dichiarazione d'indegnità [50]). Benchè questo sia di-

---

43 a) Arg. L. 112 D. *de regul. iur.* — STRYK, *Us. mod. Pand.*, h. t. § 3.

44) Vedi pag. 629 del vol. precedente.

45) Alcune modificazioni di questo principio furono ammesse sotto gli Antonini e già GAIO fonda su di esse una regola generale per i casi d'indegnità, che però, come si vede, non fu sempre indiscussa. L. 14 D. *de iure fisci* (49, 14), « GAIUS, lib. XI *ad leg. Iul. et Pap.*: *Dicitur* ex asse hereditates ex Silaniano cum fiscus vindicasset, ut nec libertates, nec legata tueatur. *Quod aperte nullam habet rationem*, cum ex quibuslibet aliis causis fisco vindicatis hereditatibus, et libertates et legata maneant ».

46) ULPIANO, XVII, 3.

47) ULPIANO, XVII, 1 in f. — SCHULTING in nota 7. V. sopra pag. 347 seg.

48) ULPIANO, XXV, 17 e la nota 41 in SCHULTING, ivi.

49) L. 3 § 4 D. *de iure fisci* (49, 14): « Cum ex causa taciti fideicommissi bona ad fiscum pertinent, omnia quae in testamento utiliter (cioè, non contro la legge) data sunt, valent: *et ita Divus Pius rescripsit* ».

50) L. 3 D. h. t. L. 12 *de his quae ut indign. aufer.* (vedi nota 32). L. 16

venuto poi un principio generale per tutti i casi di indegnità [51]), tuttavia esso deve sempre considerarsi come un principio di diritto singolare accanto al quale può benissimo coesistere la regola che aprendosi la successione intestata cade anche il diritto ai legati o in altre parole che i legatari possono far valere in tali casi i loro diritti soltanto quando sia dichiarato espressamente che colui che acquista l'eredità in luogo dell'erede istituito deve adempiere gli oneri testamentari, ciò che è appunto il caso nella perdita dell'eredità per indegnità o quando l'erede sia escluso per non essere state osservate le disposizioni della Nov. 115. Di un caso della prima specie parla la L. 3 D. h. t., nella quale dobbiamo intendere che sia stabilito che i legati restino in vigore, tanto più che è detto: « *causa praesens* admittere videtur humaniorem interpretationem, ut ea duntaxat existimemus Nepotem irrita esse voluisse, quae induxit ».

Neppure dalla L. 2 *eodem* si può concludere con sicurezza che i legati siano mantenuti in vigore quando si fa luogo alla successione intestata. In essa è esposto prima il principio che quando sia cancellato soltanto il nome di uno fra più eredi non solo gli altri sono chiamati alla successione, ma i legati imposti espressamente a quello debbono essere ugualmente pagati ove risulti che la volontà del testatore era diretta ad escludere soltanto l'onerato: dopo ciò è detto che se siano cancellati i nomi di tutti gli eredi, ma il testatore dichiari che egli abbia fatto ciò per odio ad uno solo di essi importi di considerare l'intenzione di lui al fine di decidere se veramente egli abbia voluto escludere tutti gli eredi o quello soltanto che dette occasione alla cancellazione dei nomi e infine è detto che nel dubbio si debba ammettere come volontà del testatore la più mite e quindi considerare validi tanto i legati quanto le istituzioni dei coeredi: *in ambiguo tamen interpretandam erit, et legata deberi, et coheredum*

---

§ fin. *eod.*: « Cum heredis nomen mutata voluntate paterfamilias incisis tabulis induxisset, atque ideo fisco portionis emolumentum adiudicatum fuisset: *eam rem legatariis non obesse, qui retinuerant voluntatem, Divo Marco placuit,* et ideo cum suo onere fiscum succedere ».

È evidente che anche qui si allude al decreto di Marco Aurelio riferito nella L. 3 D. h. t. Vedi Cuiacio *in lib. VIII responsorum Papiniani.*

51) L. 14 D. *de iure fisci,* 49, 14. Vedi nota 45.

institutionem non esse infirmandam. Vero è che immediatamente prima è espresso il principio che anche i coeredi debbano essere esclusi quando il testatore abbia voluto revocare l'intero testamento, benchè solo per colpa di uno di essi: *quod si putaverit, totum testamentum delendum ob unius male meritum, omnibus denegantur actiones,* onde è posta la questione *sed an legatariis denegari actio debeat quaestio est,* alla quale si risponde in modo generale che nel dubbio si debbano ritenere validi tanto i legati quanto le istituzioni dei coeredi. Ma che cosa segue da ciò pel caso che si faccia luogo alla successione intestata? Nulla. Il giureconsulto risponde soltanto che nel dubbio debbono valere tanto i legati quanto le istituzioni dei coeredi; ma se si ammette che i legati debbano valere anche nel caso che nessuno possa acquistare nulla non è detto però che essi debbano esser prestati dagli eredi intestati, anzi l'espressione usata nel testo indica piuttosto che qui la *inductio nominum* contiene senza dubbio una dichiarazione di indegnità [52]), nel qual caso l'eredità passa al fisco *cum onere legatorum* [53]).

Si domanda ora quando la distruzione del testamento vale come dichiarazione di indegnità e quando essa invece dà luogo alla successione intestata. Senza dubbio quest'ultima era la regola al sorgere del sistema civile dell'indegnità; occorreva che l'erario provasse l'esistenza d'una dichiarazione d'indegnità chiara, se non anche letteralmente espressa, perchè potesse escludere gli eredi intestati. Così si spiega come questa fosse ritenuta la regola anche dai più tardi giureconsulti classici [54]), non ostante che già per decisioni o rescritti dell'imperatore Marco Aurelio fosse stato riconosciuto che l'annullamento della disposizione testamentaria mediante l'*inductio nominum*

---

52) « . . . idcirco se id fecisse, *quia unum heredem offensum habuit* » « . . . testamentum delendum *ob unius male meritum* ». Dopo il diritto stabilito da Marco Aurelio (vedi nota 55), però, non erano più necessarie tali espressioni perchè si riscontrasse nella cancellazione del nome una dichiarazione d'indegnità.

53) Concordano il Fabro, *Coniecturae,* lib. XVIII, cap. 17, *p. m.* 695 *b,* e il Chiesi, *Differentiae iuris,* cap. XXXIII, n. 6 in Einecchio, *Jurisprudentia Romana et Attica,* II, pag. 719.

54) L. 1 § 8 D. *si tab. test. nullae extab.,* 38, 6, L. 4 in f. D. h. t. 28, 4 — Vedi nota 56.

si dovesse considerare come una dichiarazione d'indegnità [55]). Per gli altri casi tuttavia si continuò ad ammettere la vecchia regola, solo nel caso dell'*inductio nominum* gli eredi intestati dovevano provare che la cancellazione dei nomi fosse stata fatta allo scopo di far luogo alla successione intestata [56]).

In ogni caso però il diritto del fisco presuppone necessariamente che la cancellazione abbia avuto luogo quando già il testamento era perfetto, perchè se avesse avuto luogo prima la parte cancellata non avrebbe avuto alcun valore, essa sarebbe stata considerata come non scritta [57]) e il fisco non avrebbe avuto su di essa alcun diritto; essa sarebbe rimasta all'onerato oppure ai coeredi, ai sostituti, agli eredi intestati [58]).

---

55) L. 12, L. 16 § 2 D. *de his quae ut ind.*, 34, 9. Vedi sopra pag. 170.

56) Invece non vi ha alcun richiamo alle parole della L. 1 § 8 Dig. *si tab. test. nullae*, 38, 6 (vedi sopra nota 24). Potrebbe piuttosto nascere un dubbio pel fatto che Paolo in una nota a Papiniano, libro VI *responsorum* (L. ult. Dig. h. t.) dice: « sed si ut intestatus moreretur incidit tabulas *et hoc adprobaverint hi, qui ab intestato venire desiderant*, scriptis avocabitur heredibus », nelle quali parole il Fabro, *Coniecturae*, XVIII, c. 17 *p. m.* 695 *a*, vede un riconoscimento deciso della presunzione a favore del fisco contro gli eredi intestati. Ma nel testo non si tratta affatto la questione se nel luogo dell'erede istituito entrino il fisco o gli eredi intestati, si parla solo dell'esclusione di questi quando il testatore abbia distrutto o annullato uno soltanto fra più esemplari di un testamento. S'intende poi che in ogni caso spetta agli eredi intestati di provare che secondo la volontà del testatore non debbano valere neppur gli altri esemplari.

57) Arg. L. 1 § 2 D. h. t.: « sed hoc ita demum si ante consummationem testamenti factum est ». La conseguenza che Ulpiano trae qui dal fatto che la cancellazione fosse avvenuta prima della perfezione del testamento è un'altra, egli ritiene che anche ciò che fu cancellato senza volere debba considerarsi invalido quando la cancellazione sia avvenuta prima che il testamento fosse perfetto, perchè la disposizione non si potea ancora considerar valida e non avrebbe potuto valere neppure se non cancellata. Vedi Glossa di Accursio, *Quae in testamento* e Gl. *sed consulto* ad h. l. — Pothier, *Pand. Iust.*, ad h. l. t. II, pag. 194 nota *f*. L'applicazione al nostro caso non può tuttavia esser soggetta ad alcun dubbio, perchè il fisco sottentra soltanto nel posto di quello che, se non fosse stato dichiarato indegno, avrebbe preso la parte lasciatagli. Vedi la nota seguente.

58) L. 1 L. 3 § 1 D. *de his quae pro non scriptis habentur* (34, 8): « . . . etsi *post testamentum factum* heres institutus vel legatarius in metallum datus sit, ad fiscum non pertinet ». Vedi infra nota 95.

Se il testatore distrugge uno fra più esemplari identici del testamento [59]) questo conserva la sua efficacia ancorchè l'esemplare distrutto fosse depositato presso un archivio pubblico o presso il notaro presente al testamento e il testatore l'avesse ritirato per distruggerlo, mentre poi l'esemplare conservato si trovasse in custodia di un semplice privato, sia del testatore stesso, sia di un terzo.

L. ult. D. *h. t.* (PAPINIANUS, Lib. VI *Respons.*). « Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis [60]), unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solenniter complevit: si quasdam tabulas in publico depositas abstulit atque delevit, quae iure gesta sunt, praesertim cum et ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita » [61]).

S'intende da sè che lo stesso deve ammettersi quando il testatore abbia distrutto il proprio esemplare e abbia invece lasciato intatto quello depositato nel pubblico archivio o presso un notaro [62]). Tuttavia ciò che importa sopratutto in questi casi è la volontà del testatore. Se questa è diretta all'annullamento di tutto il testamento anche l'esemplare lasciato intatto perde ogni efficacia, soltanto tale volontà deve essere provata da coloro che ne vogliono derivare dei diritti, cioè dal fisco o dagli eredi intestati [63]). Se però l'esemplare annullato fosse l'originale e quello conservato una copia [64]) non sarebbe più il caso di parlare di tale prova [65]) e la copia non potrebbe avere

---

59) Sui più esemplari uguali di uno stesso testamento, sulla differenza di essi dalle semplici copie e sulla loro denominazione vedi il vol. I di questo libro XXVIII, pag. 416 e pag. 314 seg. del volume presente.

60) Similmente SVETONIO dice in *Vita Tiberii*, cap. ult.: « Testamentum duplex ante biennium fecerat, alterum sua alterum liberti manu, sed *eodem exemplo* ». Vedi su questa espressione pag. 314 nota 43.

61) Così è detto anche nella L. 1 § 5 Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, II : « Si quis in duobus exemplaribus fecerit testamentum, et aliud exstet, aliud non exstet, tabulae extare videntur, petique potest bonorum possessio ».

62) ZOESIO, *Comm. ad Pandectas*, h. t., n. 15. — VOET *ad Pand.* h. t. § 1 in fine.

63) Questo appunto osserva PAOLO nella sua nota a PAPINIANO, in L. 4 D. h. t. Vedi sopra nota 56.

64) Vedi sopra pag. 315 nota 46 e la nota seguente.

65) L. 1 § 7 D. *de bon. poss. sec. tab.* « Sed si unum fecerit testator quasi testamentum, aliud *quasi exemplum* (cioè, come semplice copia): si quidem id

altro valore che quello di una prova del contenuto del testamento per il caso che la distruzione fosse avvenuta involontariamente, ciò che naturalmente spetterebbe all'erede istituito di provare. Ma che cosa si dirà quando il testamento sia fatto oralmente e di esso venga redatta una scrittura probatoria, si tratti cioè di un *testamentum nuncupativum in scripturam redactum,* e la scrittura poi sia volontariamente distrutta dal testatore? Per la validità del testamento si può invocare l'argomento fondamentale che la forza del testamento nuncupativo è indipendente dall'esistenza della scrittura, la quale non è che un mezzo di prova del contenuto di esso, di maniera che il testamento non si trasforma per essa in un testamento scritto, ma resta sempre un testamento orale [66]). Pratici molto distinti però ammettono l'opinione contraria [67]). Essi si fondano sul concetto che nella così detta revoca reale importi sopratutto la volontà del testatore; ora questa è nel nostro caso altrettanto evidente quanto nei casi in cui la forza del testamento si fonda sopra un documento scritto. Quest'ultima affermazione non può essere contradetta, ma da essa non consegue affatto che valgano i medesimi principii per la revoca del testamento scritto e per quella del testamento orale. La revoca del testamento a rigore era possibile soltanto colla confezione di un nuovo testamento [68]); ma bisognava che il testamento esistesse perchè si potesse succedere in base ad esso e la condizione per ottenere la *bonorum possessio secundum tabulas* era in origine l'esistenza di un testamento intatto, se questo mancava l'erede testamentario era escluso dagli eredi intestati [69]). Il pretore tuttavia dava la *bonorum possessio* quando la distruzione del testamento o del suo contenuto fosse avvenuta contro la volontà del testatore [70]), così come nel caso

---

extat, quod voluit esse testamentum, bonorum possessio petetur, si vero id, quod exemplum erat, bonorum possessio peti non poterit, ut Pomponius scripsit ».

66) Vedi il vol. XXXIII, pag. 332 del *Commentario* nell'edizione tedesca.

67) G. A. STRUVIO, *Syntagma iuris civilis*, ex. XXXII, th. 48 n. 2. — STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum,* h. t. § IV.

68) § 7 (6). I. *quibus modis test. inf.,* 2, 17. Vedi sopra pag. 166.

69) Confr. GAIO, I. 119, 147, L. 1 § 8 Dig. *Si tab. test. nullae extab.* 38, 6. Su questo testo vedi sopra pag. 167 seg.

70) L. 1 § 3, 10, 11 D. *de bon. poss. sec. tab.,* 37, 11.

di un testamento rotto formalmente mediante un testamento posteriore quando questo secondo fosse poi stato distrutto affinchè il primo tornasse a valere [71]); in ambedue i casi egli aveva maggior riguardo alla volontà del testatore che alla efficacia del diritto formale e in ambedue i casi ciò era indicato nello stesso modo, l'eccezione degli eredi intestati contro l'erede testamentario fondata sulla revoca del testamento era paralizzata colla replicazione che l'erede testamentario aveva però a suo favore la volontà del testatore [72]). È molto naturale perciò che l'eccezione fosse espressa in questa forma, che l'erede testamentario aveva contro di sè la volontà del testatore e non poteva agire *ex testamento* [73]). Ma chi da ciò volesse concludere che il testamento distrutto esista ancora *ipso iure* e soltanto perda la sua efficacia *per exceptionem* dovrebbe ammettere anche che per la confezione di un nuovo testamento il precedente fosse annullato non già *ipso iure*, ma soltanto per eccezione. Non occorre dire però quanto inesatta sarebbe una tale conclusione [74]). Quando adunque si dice che nel caso di distruzione volontaria del testamento osta a colui, che faccia valere, nonostante, un diritto in base a questo, l'eccezione che egli ha contro di sè la volontà del testatore, non se ne deve argomentare che sulla questione se un testamento sia da ritenere revocato sia decisiva soltanto la volontà del testatore e non anche

---

[71]) L. 11 § 2 in f. D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11. L. 19 § 1 D. *de reg. iuris* 50, 17. Vedi sopra pag. 212 seg., 313 n. 3.

[72]) L. 11 § 2 in f. Dig. *de bon. poss. sec. tab.*, 37, 11. Vedi sopra pag. 169 nota 54 e pag. 314.

[73]) L. 1 § 3 D. h. t.: « Sed consulto quidem deleta *exceptione* petentes repelluntur (meglio, « consulto quidem deleta petentes exceptione repelluntur », per la quale trasposizione stanno le autorità di R. Fornerio, *Rerum quotidianarum*, libro II c. 10 in Ottone, *Thes.* II, 171 del Suarez, *Comm. ad legem Aquiliam*, lib. I c. V, sez. 5 in Meerman, *Thesaurus*, t. II, pag. 71), inconsulto non repelluntur ». Vedi anche L. 4 § 10 D. *de doli mali except.*, 44, 4. Cfr. sopra pag. 211 seg. e A. Fabro, *Coniecturae iuris civilis*, lib. XVIII, c. 17 verso la fine, dove si trova una giusta deduzione dal principio che se la validità o l'invalidità del testamento dipende in definitiva da quella che risulti essere la volontà del testatore, non segue da ciò che la semplice distruzione del testamento o del suo contenuto non sia già di per sè sola un modo di togliere ogni diritto all'istituito.

[74]) Confr. § 2 I. *quibus modis test. inf.*, 2, 17, L. 27 Cod. *de test.* 6, 23: « ipso iure prius tollitur testamentum ».

la forma della revoca. Anche nel diritto romano ultimo vale invece la regola della inefficacia della revoca pura e semplice: questa deve avvenire con nuovo testamento o mediante la distruzione materiale del testamento o infine colla dichiarazione davanti a tre testimoni cui deve aggiungersi il decorso di dieci anni dal tempo della confezione del testamento [75]). Da ciò segue, per tornare al nostro caso, che il testamento orale non può considerarsi giuridicamente revocato neppure se il testatore abbia dimostrato di non volerlo più considerare in vigore col fatto della distruzione dell'atto scritto che ne fa prova [75 a]). Questa distruzione non può avere effetti maggiori della semplice dichiarazione orale; già altrove abbiamo lungamente dimostrato come una tale dichiarazione non basti per una revoca efficace [76]). Tuttavia si è aggiunta anche la modificazione che i legati possano essere annullati con una semplice revoca, sia essa espressa o tacita [77]). Ciò posto si deve ammettere che i legati ordinati in un testamento verbale cadano quando il testatore abbia distrutto l'atto del testamento, salvo che i legatari provino che ciò avvenne involontariamente e non coll'intenzione di revocare i legati.

§ 1435.

Dei casi nei quali le disposizioni contenute in un testamento distrutto in tutto od in parte seguitano a valere.

Sebbene la semplice dichiarazione di volontà non basti per togliere forza ad un testamento valido, neppure la semplice distruzione del testamento o del suo contenuto serve a ciò; occorre che questa sia avvenuta per opera del testatore o per suo incarico come atto della sua volontà libera e cosciente. Se il testamento sia stato distrutto senza la volontà del testatore l'erede può, quando riesca a dimostrare l'esistenza e il contenuto di essa, ottenere almeno una *bonorum pos-*

---

75) L. 27 Cod. *de testam.*, 6, 23, Vedi § 1429 pag. 172 seg.

75 a) Brunnemann, *Comm. in Codicem* ad L. 30 Cod. *de testam.*, 6, 23.

76) Vedi sopra pag. 165 seg. e specialmente pag. 203 seg.

77) Vedi sopra pag. 209. Sulla differenza tra eredi e legatarii vedi Fabro nel passo citato alla nota 73.

sessio secundum tabulas [78]), ciò che praticamente si può esprimere nel modo come noi l'abbiamo espresso [79]), sebbene a parlare esattamente il testamento distrutto fisicamente è divenuto nullo ed ha poi riacquistato mediatamente efficacia mediante la concessione agli eredi testamentari, i quali abbiano per sè la volontà del testatore, di una *exceptio doli* contro l'azione degli eredi intestati o, ciò che è lo stesso, di una *replicatio* contro l'*exceptio* di questi [80]). Occorre soltanto che siano provati l'esistenza e il contenuto del testamento e questa prova, non meno di quella che egli abbia per sè la volontà del testatore, incombe all'erede istituito o a quello qualunque al quale colla distruzione verrebbe tolto un beneficio accordatogli col testamento [81]). In questo argomento però, come in generale ogni qualvolta si discute dell'onere della prova, hanno importanza fondamentale le circostanze di fatto; perciò la presunzione molto naturale che il testatore abbia colla distruzione voluto annullare la sua disposizione può essere distrutta o per lo meno affievolita dal fatto che la prova è imposta a coloro che vogliono derivarne un diritto. Questo dovrebbe ammettersi nei seguenti casi se la cosa dovesse decidersi secondo i principii generali: in primo luogo quando i sigilli del testamento fossero rotti, ma

---

[78]) L. 1 § 3 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11. « Semel autem exstitisse tabulas mortuo testatore desideratur tametsi exstare desierint; quare, etsi postea interciderunt, bonorum possessio peti poterit ». L. 1 § pen. et ult. *eod.*

[79]) Nel modo stesso come si può dire che il testamento annullato da un testamento posteriore vale tuttavia quando il testatore abbia poi annullato il seguente coll'intenzione di ridar valore al primo, benchè questo non possa esser mantenuto in piedi che mediante la *bonorum possessio secundum tabulas.* Vedi sopra pag. 314.

[80]) L. 11 § 2 in f. D. *de bon. poss. sec. tab.* Vedi sopra nota 72. — Sam. Stryk, *Usus mod. Pand.,* h. t., § 3.

[81]) Che la parte annullata possa valere solo eccezionalmente e che la prova per ciò ne incomba a coloro che invocano l'eccezione è cosa supposta in modo troppo preciso in tutte le fonti a noi conservate perchè se ne possa fondatamente dubitare. Si è discusso anzi per certi casi se sia neppure ammissibile la prova che la distruzione fisica non sia avvenuta per volontà del testatore. Confr. L. 30 Cod. *de test.,* 6, 23 e su di essa la seguente nota 83. Il principio da noi espresso sull'onere della prova è anche riconosciuto in generale. Vedi Voet *ad Pandectas* h. t. § 4 e gli scrittori citati alla nota seguente. Delle modificazioni apportate a questo principio ci occuperemo più oltre nel testo.

il resto fosse tutto intatto, perchè in tal caso può il testatore avere avuto anche intenzione diversa da quella di annullare il testamento, per esempio egli non si rammentava tutte le disposizioni o voleva fare ad esse alcune aggiunte o variazioni. Ciò deve ammettersi pure quando il testamento si trovi distrutto, ma nelle mani di un terzo: nessuno vorrà sostenere che il fatto della distruzione giustifichi qui la congettura della mutata volontà del testatore. Infatti si afferma di solito che in questo caso non si può presumere che il testatore abbia voluto annullare il testamento o alcuna parte di esso [82]). Ciò però non si concilia con una decisione di GIUSTINIANO il cui contenuto è che se il testatore stesso ha rotto il nastro che legava o i sigilli che chiudevano il testamento, questo non valga più, se invece la distruzione sia avvenuta per opera di un terzo o per caso, il testamento seguiti a valere, ciò che significa che nel primo caso è sanzionata una presunzione contro la validità del testamento e nel secondo caso una a favore di essa [83]). Ma affinchè le disposizioni cancellate o altrimenti distrutte nel testamento possano considerarsi come valide ed efficaci, esse devono essere leggibili:

---

82) G. A. LAUTERBACH, *Coll. theor. pract.*, lib. XXVIII, tit. III, IV, § 16. — G. A. STRUVIO, *exercit. iur. civil.*, Exerc. XXXII, Th. 51. — Ulr. HUBER, *Prael. ad* h. t. § 4. — LEYSER, *Med. ad Pand.*, sp. 359, m. 1 2.

83) È la L. 30 Cod. *de test.*, 6, 23, la quale porta l'inscrizione: *Johanni P. P.* e la sottoscrizione *XV Kal. Nov. post consulatum Lampadii et Orestis.* L'imperatore dichiara espressamente nel proemio di voler decidere le *controversias veteribus iuris interpretatoribus exortas.* Tuttavia il MERILLIO nella penultima dissertazione nei suoi *Prolegomena* al *Commentario sulla L Decisiones* ritiene che essa non sia una delle *quinquaginta decisiones* per la ragione che essa non risolve alcuna questione discussa, ma solo toglie un dubbio. Sono d'accordo con lui il WIELING, *Jurisprudentia restituta in indice legum Codicis*, pag. 144 e G. S. BRUNQUELL, *Historia iuris*, parte II, cap. VII, § 7. Per la stessa testimonianza dell'imperatore però non è lecito dubitare che egli volesse qui decidere una questione dubbia. Probabilmente alcuni non volevano ammettere la prova che un testamento distrutto materialmente avesse per sè la volontà del testatore, forse per timore dell'incertezza della cosa e delle possibili frodi. A ciò sembra alludere la fine della costituzione, dove si fa cenno della disposizione in seguito abolita che il testatore debba scrivere il nome dell'erede di propria mano o debba pronunciarlo davanti a testimoni, onde evitar frodi. Confr. WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 919.

L. 1 pr. D. h. t. (ULPIANUS, Lib. XV *ad Sabinum*): « Quae in testamento legi possunt, ea inconsulto deleta et inducta nihilominus valent. Id autem, quod non iussu domini scriptum, inductum, deletumve est pro nihilo est. *Legi* autem sic accipiendum: non intelligi, sed oculis perspici, quae sunt scripta. Ceterum, si extrinsecus intelliguntur, non videbuntur legi posse; sufficit autem, si legibilia sunt inconsulto deleta sive ab ipso, sive ab alio. Sed nolentibus inducta accipiendum est, et si perducta sint ».

Sul significato di queste parole vedi sopra la nota 20.

Nel principio del testo sono secondo ogni probabilità riferite le parole di SABINO [84]): « ciò che è leggibile valga anche se cancellato, salvo che sia stato cancellato volontariamente dal testatore, e non valgano [85]) le disposizioni scritte o le cancellazioni fatte da un terzo senza incarico del testatore » [86]). A spiegazione del primo principio ULPIANO soggiunge che la parola *legi* non significa che la scrittura cancellata possa ricostruirsi in qualunque modo, per esempio per congettura o dal contesto del discorso, ma che essa debba essere riconoscibile e leggibile cogli occhi nel testamento stesso [87]). È indif-

---

84) E cioè, fino alle parole *pro nihilo est*. CUIACIO, ad h. l.

85) Io credo che in questo modo si abbia la migliore spiegazione delle parole *id vero, etc.* Secondo la Glossa di ACCURSIO (v. *id vero*) il giureconsulto non farebbe che ripetere qui il suo primo concetto. Ma evidentemente qui si parla di un fatto compiuto da un terzo in contrapposto al fatto del testatore e da quel fatto si fanno derivare delle conseguenze pratiche importanti. La cancellazione fatta senza il mandato del testatore non ha alcun valore; se pertanto è accertato che la cancellazione sia opera del terzo colui che dall'annullamento del testamento deriva un diritto deve provare che tale cancellazione avvenne per volontà del testatore. Ciò è perfettamente consentaneo alla natura delle cose alla pari della presunzione, per la quale la cancellazione avvenuta per mano del testatore si ritiene anche per regola opera sua volontaria.

86) Non occorre addurre alcuna prova per convincersi che questo sia indicato colla parola *dominus*. Vedi anche la traduzione che di questo testo dà il HUNGER nella traduzione tedesca del *Corpus iuris* di OTTO, B. SCHILLING e SINTENIS, vol. III, pag. 40. Non è necessario del resto di leggere *inscriptum* in luogo di *scriptum*, come propone lo SMALLENBURG ad SCHULTING, *Notae ad Digesta*, V, pag. 38, sebbene probabilmente qui si alluda appunto ad una *inscriptio* o *superscriptio*. Vedi sopra il testo corrispondente alla nota 13.

87) Vedi Glossa *si extrinsecus ad h. l.* di AZONE, e Dionigi GOTOFREDO ad h. l.

ferente poi se questo risultato si ottenga anche senza alcun mezzo artificiale o soltanto coll'aiuto di reagenti chimici, a mo' d'esempio; quella che è esclusa è soltanto la restituzione del senso per via di congetture e questo è espresso colla dichiarazione che esser leggibile significa *non intelligi sed oculis perspici quae sunt scripta.*

Ma dovrà ritenersi esclusa ogni altra prova sul contenuto del testamento? È possibile che questa fosse l'opinione di SABINO e che ULPIANO, non volendo che riferire il senso delle parole di SABINO, volesse anche esprimere il concetto che se le parole cancellate non siano leggibili nel testamento stesso la disposizione in esso contenuta debba essere nulla. È però fuor di dubbio che egli non indica questo come diritto vigente. In primo luogo infatti egli aggiunge che anche ciò che è pienamente illeggibile si deve considerare valido se non sia stato cancellato prima che il testamento fosse compiuto [88]), ben inteso purchè si possa provare il contenuto e il significato di ciò che è stato cancellato [89]). In un altro luogo egli dice che anche in base ad un testamento non più esistente si dà la *bonorum possessio secundum tabulas* [90]). Il nostro testo è esattamente parafrasato nei *Basilici* in questo modo: si può pretendere ciò che ci è stato lasciato, purchè la volontà del testatore sia ancora in tal senso, quando la disposizione sia leggibile o si possa altrimenti dimostrare [91]). È indifferente il modo come questa dimostrazione si faccia; le difficoltà sono minori quando il contenuto dell'ultima volontà sia conosciuto o si trovi ancora il progetto del testamento o una copia [92]).

Venendo ad esporre qui brevemente i singoli casi, della massima parte dei quali già in altra occasione ci siamo occupati, diremo:

---

88) L. 1 § 2 D. h. t. Vedi su questo testo la nota 37. L. 1 § 3 D. *eod.* vedi nota 73.

89) Vedi POTHIER, *Pand. Just.* ad h. t., t. II, pag. 194 nota *f.*

90) L. 1 § 3 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11. Qui si parla di un testamento ancora esistente alla morte del testatore, ma il principio è generale; se un valido testamento è esistito una volta, si può sempre chiedere in base ad esso la *bon. poss.* anche se esso sia poi andato perduto. Vedi HUBERO, *Praelectiones iuris civilis,* t. III ad h. t. § 2.

91) *Basilici,* t. IV, pag. 782 ediz. FABROT.

92) Confr. HUBERO ad h. t. — B. CHIESI, *Diff. iuris,* cap. 33 n. 5 nella *Jurisprudentia Romana et Attica,* II, pag. 718 seg.

1.° se il testamento o il suo contenuto sia stato distrutto contro la volontà del testatore esso seguita a valere. Contrario alla volontà è anche l'atto di un furioso, perciò se un furioso distrugge il testamento da lui fatto nello stato di sanità, tale distruzione non ha alcun effetto quando il contenuto del testamento sia provato:

L. ult. D. *de iniusto, rupto, irrito facto testamento*, 28, 3 (SCAEVOLA, Lib. XIII Dig.). « Lucius Titius integra mente et valetudine testamentum fecit, uti oportet; postea, cum in valetudinem adversam incidisset, mente captus tabulas easdem incidit. Quaero, an heredes his tabulis instituti adire possint hereditatem? Respondit secundum ea quae proponerentur non ideo minus adiri posse ».

Parimente una distruzione che sia effetto di violenza di dolo o di semplice errore non può togliere i diritti dell'onorato. Se, per esempio, si trovano cancellati i nomi di tutti gli eredi e da posteriori dichiarazioni del testatore o da altre circostanze risulti che egli aveva l'intenzione di escludere soltanto l'uno o l'altro degli eredi, l'istituzione degli altri rimane in vigore [92 a]). Questo deve ammettersi anche quando il testatore abbia dichiarato in fine del testamento o in uno scritto speciale che tutto ciò che si trova cancellato nel testamento si debba ritenere cancellato da lui volontariamente:

L. 1 § 1, D. h. t. — « ideo et si novissime [93]), ut solet, fuerit scriptum: lituras, inductiones, superinductiones ipse feci [94]), non videbitur referri ad ea, quae inconsulto contigerunt ».

2.° Se il testatore cancella soltanto l'istituzione di uno fra più coeredi, non solo quella degli altri conserva la sua piena validità, ma essi debbono adempiere i legati a loro imposti [95]). Similmente vale l'istituzione del sostituto quando sia stato cancellato il nome dell'erede al quale questo era sostituito [96]). Se anche però il fisco

---

92 a) Un caso di questa specie è riferito dallo STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum*, h. t. § 1.

93) Su tali aggiunte finali vedi BRISSONIO, *de formulis*, lib. VII c. 58, c. 60.

94) Vedi sul significato di queste parole il testo corrispondente alle note 21, 22.

95) L. 2 Dig. h. t. Vedi sopra pag. 378. Confr. pure la nota seguente.

96) L. 1 § 4 Dig. h. t. Il significato di questo difficile testo è in sostanza il seguente: per la cancellazione del nome dell'erede escluso cade la quota

sottentra nel posto di un erede unico o di tutti gli eredi egli deve in dubbio riconoscere e adempiere i legati [97]). Se in tal caso si faccia luogo alla successione intestata cadono tutti i legati, ma essi possono essere mantenuti in vigore colla clausola codicillare, perocchè questa ha gli effetti di un codicillo *ab intestato,* vale a dire di un mandato agli eredi intestati di adire l'eredità e di adempiere i legati come se fossero gli eredi istituiti [98]). Ma che cosa dovrà dirsi quando vi siano dei codicilli accanto al testamento e soltanto il testamento sia annullato? Poichè simili codicilli, confermati o no che essi siano, formano parte del testamento e con esso vivono e con esso cadono [99]), la logica vuole che qui si ammetta la stessa conseguenza e quindi anche i codicilli debbono ritenersi annullati quando il testamento non abbia la clausola codicillare la quale non sia stata cancellata. Viceversa se il testatore ha lasciato intatto il testamento e cancellato il codicillo questo cade anche se fosse stato confermato nel testamento al modo stesso che se fosse stata lasciata intatta l'istituzione d'erede e fossero state cancellate le disposizioni a titolo di legato [100]).

3.° La distruzione di uno fra più esemplari di un testamento non esclude la validità dell'esemplare rimasto intatto [1]) e se i due diversificano fra loro il testamento viene eseguito secondo il contenuto dell'esemplare rimasto intatto [2]).

---

di lui, quando egli abbia coeredi, e cade l'intera istituzione quando l'erede sia un *heres ex asse* al quale sia dato un sostituto; affinchè poi il sostituto sia escluso dal fisco occorre una speciale dichiarazione del testatore. Vedi la diffusa interpretazione di questo testo a pag. 581 seg. del volume precedente.

97) L. 3 Dig. h. t. Su questo testo vedi pag. 373 seg.

98) Confr. Voet, *Ad Pandectas* h. t. § 3.

99) L. 3 § 2, L. 16 in f. Dig. *de iure cod.,* 29, 7.

100) L. 1 § 5 D. h. t.: « Si quis codicillos in testamento confirmavit et codicillis aliquid adscripsit (cioè, dopo fa anche veramente un codicillo), mox delevit, ita ut appareat (cioè, cancellò il codicillo, sebbene rimanesse ancora leggibile) an debeatur? Et Pomponius scribit, codicillos deletos non valere ». Westphal, *Testamenti,* § 920.

1) L. 4 D. h. t. Vedi maggiori particolari a pag. 377 seg.

2) Vedi Hubero, *Praelectiones ad h. t.* § 5. Egli riferisce un caso nel quale l'esemplare conservato differiva da quello distrutto per essere in esso ordinato a favore di uno degli onorati un legato maggiore che nell'altro. La soluzione non poteva esser dubbia. Se nessuno dei testamenti fosse stato annullato, secondo una disposizione assai singolare avrebbe dovuto valere il

4.° Alla distruzione involontaria equivale la distruzione fatta per opera di un terzo contro la volontà del testatore [3]) o quella avvenuta per caso.

L. 1 § 11 D. *de bon. poss. sec. tab.*, XXXVII, 11). « Si rosae sint a muribus tabulae, vel linum aliter ruptum, vel vetustate putrefactum, vel situ, vel casu: et sic videntur tabulae signatae, maxime si proponas, vel unum linum tenere. Si ter forte, vel quater linum esset circumductum, dicendum est, signatas tabulas eius extare, quamvis vel incisa, vel rosa sit pars uni » [4]).

Il senso di questo testo è chiaro: quando il testamento sia stato roso dai topi o il filo col quale era legato si sia consumato per vetustà o per muffa [5]) o per altro caso, esso si ha tuttavia per giustamente suggellato, massime se vi sia ancora un filo che regge; lo stesso è da dirsi se il filo era avvolto tre o quattro volte intorno al testamento [6]) e una delle legature si trovi rotta o corrosa. Questa decisione si riferisce alla disposizione dell'editto, secondo la quale la *bonorum possessio secundum tabulas* si dava propriamente soltanto in base ad un testamento regolarmente suggellato [7]).

---

legato più piccolo. Vedi L. 47 D. *de legatis*, II, 31. Vedi sopra pag. 316 nota 50. Ma ora non si poteva tener conto che del testamento conservato e la disposizione di esso sarebbe naturalmente stata osservata, anche se fosse stata la meno favorevole perchè l'altra dovea considerarsi revocata.

[3]) L. 1 § 3 in f. D. h. t. L. 1 § 10 D. *de bon. poss sec. tab.* 37, 11.

[4]) Aloandro legge con una congettura molto probabile *pars lini*, sebbene *uni* possa stare anche in luogo di *unius*, come *alii* in luogo di *alius*. Vedi Ducker, *De latinitate iurisconsultorum veterum*, pag. 369. Una critica letteraria più completa di questo testo si trova nel vol. I di questo libro del *Commentario*, a pag. 389 nota 60. Confr. Schulting e Smallenburg, *Notae ad Dig.* t. VI, pag. 57 seg.

[5]) Così deve tradursi *situ* e non posizione (*Lage*) come nella traduzione tedesca del *Corpus iuris*, III, pag. 890.

[6]) Qui si allude al modo di chiusura dei testamenti prescritto dal S. C. Neroniano. Paolo, *Sent. rec.*, V, tit. 25, § 6. Confr. pag. 389 del vol I di questo libro XXVIII e pag. 370 nota 8 di questo volume.

[7]) Gaio, II, § 119, 147. — Ulpiano, XXIII, § 6. L. 7 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11.

TITOLO V *).

De heredibus instituendis

---

§ 1436.

Introduzione.

La parte più importante e fondamentale del testamento è costituita dall'istituzione d'erede. La validità di questa dipende 1.° dalla capacità dell'erede, cioè dalla sua cosidetta *testamenti factio* passiva; 2.° dall'esistenza della dichiarazione d'istituzione d'erede fatta nella debita forma; 3.° dal fatto che siano tenuti in debita considerazione i diritti degli eredi necessari. Di quest'ultimo requisito fu già trattato amplamente nel titolo II di questo Libro e solo occorrerà ripetere qui alcuni punti singolari che hanno attinenza coll'argomento presente. Più diffusamente invece deve trattarsi in questo Titolo dei due primi requisiti [8] ai quali deve unirsi, per cagione del contenuto del nostro trattato non solo, ma anche delle fonti, una esposizione dei rapporti fra coeredi nei punti nei quali non sia da trattarsene, per connessione, insieme coll'acquisto dell'eredità.

---

[8] Lo scritto che il Hellfeld cita come fondamentale, Carrach (resp. Loesing), *de differentiis iuris romani et germanici in heredibus institutione voluntaria,* Halae 1746, è vuoto di contenuto e può solo in alcuni punti esser citato come testimonianza esteriore di una o d'altra opinione.

---

*) Tradotto ed annotato dal prof. Alfredo Ascoli.

§ 1437.

Della capacità di essere erede. Concetto di essa e distinzione dalla mancanza di « ius capiendi ».

La capacità di essere erede è la possibilità giuridica di succedere nei rapporti di diritto patrimoniale di un defunto. Nel riguardo della successione derivante da testamento questa capacità è chiamata alla pari della capacità di far testamento *testamenti factio* [9]; i moderni la chiamano *testamenti factio* passiva per contrapporla all'attiva. Essa è di regola necessaria per tutti coloro che vogliono acquistare qualche cosa per testamento, quindi anche pei legatari [10]. Sul fondamento di tale necessità per questi ultimi si disputa però [11], nè mancano certe

---

9) § 4 in f. I. *de her. qual. et diff.*, 2, 19; L. 49 § 1 D. h. t. L. 4 D. *pro herede vel pro poss.*, 41, 5: « Constat eum, *qui testamenti factionem habet*, pro herede usucapere posse ». Invece che colla frase diretta *habet testamenti factionem* la capacità di succedere è indicata più spesso colla frase *testamenti factionem cum testatore habet* (Ulpiano, XXII, 1), o anche: *est cum eo testamenti factio* (Ulpiano, XXII, 2 § 4 I. *de her. qual. et diff.*, 2, 19, L. 49 § 1 Dig. h. t.), ciò che evidentemente è un' allusione all'originaria forma contrattuale del testamento per mancipazione. Vedi sopra pag. 164 nota 45.

10) L. 7 D. *pro legato* (41, 8): « Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is, cum quo testamenti factio est ». — L. 82, § 2 D. *de leg.* II.

11) Questa disputa è connessa con una teorica, che solo più tardi (lib. XXXIV, tit. 7) noi potremo esaminare, la teorica della regola Catoniana. Qui può notarsi soltanto che la regola di Catone esprime il principio che i legati, che sarebbero invalidi se il testatore fosse morto subito dopo fatto il testamento, non possano valere neppure se l'ostacolo originario sia cessato al dì della morte del testatore. L. 1 pr. D. *de reg. Cat.*, 34, 7. Oggi è riconosciuto generalmente che questa non sia la prima origine della regola *quod initio vitiosum est tractu temporis convalescere non potest* (L. 29 D. *de reg. iuris*, 50, 17) bensì un caso di applicazione particolare di essa, come ha provato sopratutto il Harnier, *De regula Catoniana*, Heidelbergae 1820. Si discute però ancora sul punto se sia questa regola quella che ha richiesto per prima il requisito della capacità a succedere al tempo della confezione del testamento anche pei legatarii o se quel requisito fosse già sottinteso da prima per essi come per gli eredi ed essa quindi abbia avuto un'altra portata. La prima opinione è sostenuta dal Harnier, *Dissertazione* cit. dal Rosshirt, *Die Lehre von den Vermaechtnissen, etc.* (Teoria dei legati secondo il diritto romano), Heidelberg 1835, vol. I, Diss. IV, cap. 3 § 2 pag. 414 seg.: la seconda dal

limitazioni ed eccezioni pei legati le quali non valgono per le istituzioni d'erede, ma di esse non è il luogo di parlare qui dove consideriamo la testamentifazione passiva con riguardo soltanto alla istituzione di un così detto erede diretto.

La capacità di succedere per testamento deve esistere non solo al tempo della delazione del diritto di successione, ma anche già al tempo della confezione del testamento, perocchè dal punto di vista giuridico il testamento è un negozio coll'erede [12], onde consegue che

---

Guyet, *Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile), n. V, dal Mueller, *Archiv* (Archivio della pratica civile), vol. XIV, n. 13, dall'Arndts, *Rheinisches Museum* (Museo renano di giurisprudenza), vol. V, n. IX, i quali però non sono poi d'accordo sul vero scopo della regola. Anch'io credo che la prima opinione non si possa ritenere confutata da ciò che sinora si è addotto in contrario. Che un legato non valesse quando fosse ordinato in un testamento nullo *ab initio* o quando il legatario mancasse del *commercium* o della capacità di succedere, era cosa che s'intendeva da sè. Ma seguiva da ciò che il legatario dovesse aver la capacità di succedere sin dal momento della confezione del testamento? Questo io non credo. Il testamento è stato sempre considerato un negozio giuridico fra il testatore e l'erede (vedi la nota seguente), ogni acquisto dei successori singolari aveva luogo quindi per organo di quest'ultimo, anche quando avveniva *ipso iure*. Così il legatario è considerato proprietario *ipso iure* della cosa legata (L. 80 in fin. D. *de legatis* II, 31), ma giuridicamente deve ammettersi che tutto l'asse ereditario sia stato, magari per un sol momento, nel patrimonio dell'erede, dal che segue fra l'altro che i rapporti di servitù esistenti fra le cose del testatore e quelle dell'erede si estinguono per confusione. L. 116 § 4 Dig. *de legatis,* I, 30. La conseguenza giuridica voleva adunque che l'erede avesse il *commercium* fin dal tempo della confezione del testamento, per il legatario invece doveva bastare secondo i principii generali di diritto ch'egli fosse capace al momento in cui veniva ad esistere il suo diritto al legato. A questo principio non si volle restare e per ciò si poteva addurre più che un motivo. Molto probabilmente la ragione di maggiore efficacia fu la circostanza che si poteva anche lasciare ai legatarii la parte più notevole del proprio patrimonio. Così avvenne che la regola della L. 29 D. *de reg. iuris*, 50, 17 nella sua applicazione ai testamenti fosse espressa anche così: « Omnia, quae ex testamento proficiscuntur, ita statum eventus capiunt, si initium quoque sine vitio ceperint » (L. 201 D. *eod.*).

12) § 9 I. *de test. ord.* (« quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter testatorem et heredem agi »). — Cfr. Gaji *Inst.* II, § 105: « . . . quia propter veteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emtorem agi et testatorem; quippe olim . . . is, qui familiam testatoris mancipio accipiebat, loco heredis erat ».

questi deve avere il *commercium* del quale la testamentifazione non è che un'applicazione [13]) tanto al momento della fazione del testamento quanto al momento in cui questo diviene efficace.

L. 49 § 1 D. h. t., Florentinus, Lib. X *Instit.* [14]) « In extraneis heredibus [15]) illa observantur, ut sit cum eis testamentifactio . . .: et id duobus temporibus inspicitur: testamenti facti, *ut constiterit institutio,* et mortis tempore, ut effectum habeat; hoc amplius, et cum adiit hereditatem, esse debet cum eo testamenti factio..... Nam ius heredis eo vel maxime inspiciendum est, quo adquirit hereditatem: medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris . . mutatio iuris heredi non nocet, quia, ut dixi, tria tempora inspicimus ».

Qui sono distinti innanzi tutto due momenti, quello della fazione del testamento e quello della morte perchè una incapacità che nascesse dopo fatto il testamento non avrebbe danneggiato la validità di questo se al momento della delazione dell'eredità l'erede fosse stato nuovamente capace; onde il proverbio giuridico *media tempora non nocere* [16]). Ciò si spiega considerando che il negozio coll'erede in che il testamento consisteva esisteva già al momento della confezione di questo. L'efficacia di un testamento fatto validamente poteva poi essere esclusa da varî motivi i quali potevano non aver nulla a che fare colla validità del testamento e colla persona dell'erede istituito, per esempio dalla manifestazione della volontà contraria del testatore fatta nei modi prescritti dalla legge. Se per tanto al momento della delazione dell'eredità il testamento era ancora valido, la circostanza che nel frattempo l'erede fosse stato incapace di acquistare non poteva essere presa in considerazione. Diversamente vanno le cose

---

13) Ulp., *Fragm.* tit. XIX, § 4: « *Mancipatio locum habet* inter cives Romanos . . . eosque peregrinos, quibus commercium datum est ».

14) Questo testo è passato nelle Istituzioni come § 4 I. *de her. qual. et diff.* 2, 19.

15) Sul significato di questa espressione vedi la trattazione che segue.

16) L. 6 § 2 D. h. t. (Ulp.): « *Solemus dicere,* media tempora non nocere; utputa civis Romanus heres scriptus, vivo testatore factus peregrinus, mox (ad) civitatem Romanam pervenit: media tempora non nocent ». — Cfr. L. 50 pr. *eod.*

quando la delazione è già avvenuta. Da quel momento tutto deve determinarsi secondo la persona dell'erede e conseguentemente l'incapacità di lui nata prima dell'acquisto annulla gli effetti del testamento [17]).

Quello che vuol dire FIORENTINO parlando prima di due e poi di tre momenti è facile ad intendersi. Soltanto i primi due appaiono come momenti diversi perchè il periodo intermedio non è tenuto in considerazione e solo dopo il principio del secondo momento è necessario che perduri la capacità dell'erede. Questa poi si richiede soltanto fino al momento dell'acquisto; una volta avvenuto questo posteriori avvenimenti non possono avere alcuna influenza sul diritto dell'erede [17 a]). Perciò sono del tutto inutili le diffuse trattazioni di alcuni moderni scrittori sulla questione se qui si debba parlare di due momenti [18]). In ogni caso però il modo di esprimersi di MODESTINO è meritevole di censura, perchè egli prima dice della testamentifazione *duobus temporibus inspicitur* e poi *quia, ut dixi tria tempora inspicimus,* mentre dalla trattazione precedente appare solo indirettamente che si possa parlare anche di tre momenti [19]).

Dà luogo a facile equivoco anche l'affermazione contenuta nel principio del testo che per gli eredi estranei sia necessaria la testamentifazione. Chi avesse avanti gli occhi soltanto questo testo potrebbe concluderne per argomento *a contrario* che per gli eredi *sui* questo diritto non valga. Eppure è riconosciuto espressamente che anche i *sui* istituiti debbano essere capaci e per essi appunto si richiede la capacità nei due momenti della fazione del testamento e della morte [20]).

---

17) Vedi un esempio nella L. 1 § 4 D. *ad S. C. Tertull.* 38, 17.

17 a) Vedi in ispecie TEOFILO, Parafrasi delle Istit. ad h. l.

18) Confr. VINNIO ad § 4 I. *de her. qual. et diff.*, n. 6. — HUBERO *ad eundem tit.*, n. 2. — NOODT, *Probabilia*, lib. I, c. 12 in fine. Confr. HOEPFNER, *Commentario delle Istituzioni*, § 482 nota 5 e E. SCHRADER, *Notae ad* § 4 *Inst.* cit. verb. *duobus temporibus* e *tria tempora*.

19) Confr. VINNIO ad § 4 I. *de her. qual.*, n. 3, dove le parole di FIORENTINO sono oggetto di una critica, per quanto a me sembra, giusta. Il NOODT e lo SCHRADER loc. cit. difendono però FIORENTINO anche per questo riguardo.

20) CUIACIO, *Notae ad Inst.* h. l. — SCHRADER, *Notae* ad h. l. e gli scrittori citati nelle note seguenti.

Non si può invece parlare per essi di tre momenti perchè essi acquistano l'eredità fin dal momento della delazione [21]. Questa però non potrebbe essere la ragione per la quale il giureconsulto si esprimeva così, perchè del terzo requisito si parla soltanto in seguito e nel principio si parla semplicemente della testamentifazione in generale e della sua necessità nei due momeati. Di solito si spiega l'apparente contraddizione in questo modo: la qualità di *heres suus* non è concepibile senza la capacità testamentaria e perciò le due cose coincidono necessariamente e l'interesse pratico di una trattazione sulla capacità testamentaria si limita agli eredi estranei [22]. In contrario però si è osservato che la qualità di *heres suus* in astratto si può immaginare anche separata dalla capacità di essere erede, se non secondo il diritto delle Pandette almeno secondo quello delle Costituzioni, di maniera che la distinzione fra eredi estranei e *sui heredes* non corrisponda ai principii del diritto nuovo [23]. Ma a ciò si può d'altro canto obiettare che anche secondo il diritto delle Costituzioni gli stessi motivi che tolgono la capacità di essere erede debbono necessariamente togliere la qualità di *heres suus* [24]. Tuttavia anche

---

21) La Glossa di Accursio trova in ciò la ragione per la quale Fiorentino parla soltanto degli eredi estranei. Confr. anche Weber ad Hoepfner, *Commentario* § 482 nota 5.

22) Jan. a Costa ad § 4 I. *de hered. qual. et diff.* — Vinnius *ad eund. loc.* num. 2, 3. — Ulr. Huber, *prael. iur. civ., ad tit. Inst. de hered. qual. et diff.*, num. 2. — Schrader, loc. cit.

23) Vedi Hubero, loc. cit. nell'edizione di C. Thomasio. Il Hubero aveva difeso l'opinione comune che Giustiniano richiedesse la testamentifazione soltanto per gli estranei: « Non quod cum suis eadem esse non debeat, sed quia non potest fieri, ut quisquam suus, nec tamen capax testamenti factionis h. e. capiendi e testamento sit; quia, quibus modis aliquis desinit esse capax succedendi, iisdem quoque, si suus sit, desinet esse suus ». Il Thomasio osserva in contrario nello Scolio che questa è l'opinione comune, ma che secondo il Codice essa non possa esser più insegnata in modo generale, perchè per esempio gli eretici sono incapaci, eppure conservano la qualità e i diritti dei *sui*. Vedi la nota seguente. Questo è ammesso anche dal Hubero, ma egli considera ciò una eccezione della quale non si deve tener conto nelle definizioni o nelle regole generali; ed è questo poi l'insegnamento accolto nella *nova editio* del Thomasio insieme con un rimprovero all'imperatore per la sua arbitraria inconseguenza.

24) Qui sono indicate le persone escluse per motivi religiosi, ad esempio per eresia. Il Thomasio, a dir vero, invoca la Nov. 115 cap. 3, la quale con-

astraendo da ciò difficilmente si potrebbe giustificare una esposizione nella quale fosse ammessa una vera differenza fra gli eredi estranei ed i *sui* se questa non esistesse in fatto. FIORENTINO parla qui del requisito della capacità di succedere e determina i momenti in cui essa deve esistere. Questo vale anche per il *suus heres;* soltanto non è necessario che su ciò si ponga neppur la questione perchè la suità non è concepibile senza la capacità testamentaria. Vero è però che essa sarebbe sempre una qualità da aggiungersi alla testamentifazione, quindi un concetto diverso da essa, onde sembra impossibile evitare la censura. Ma il giureconsulto romano aveva forse di mira i *postumi sui?* Ai suoi tempi era ancora vigente come regola il principio *persona incerta heres institui nequit,* quindi anche l'incapacità dei postumi, per quanto essa fosse sottoposta a notevoli limitazioni [25]). Invece i *postumi sui* già da lungo tempo potevano essere istituiti eredi [26]) e così si avrebbe una classe di persone per sè incapaci di essere istituiti i quali tuttavia potevano essere istituiti come *sui.* Ma questo valeva soltanto pei postumi e non per gli *heredes sui;* bisognerebbe dunque sempre completare l'espressione del giureconsulto romano forse nel modo seguente: per gli estranei il requisito della testamentifazione si richiede senza alcun limite, pei *sui* vi sono invece certe eccezioni. Questo spediente molto dubbio non è però affatto necessario se si stia rigorosamente attaccati alle parole *in extraneis heredibus illud observatur ut sit cum eis testamenti factio.* Fra un padre e le persone soggette alla sua patria potestà non vi era *commercium* [27]), quindi neppure testamentifazione; se tuttavia essi potevano essere istituiti eredi il motivo non era *quod patri familias cum illis sit testamenti factio,* perchè questo era del tutto impossibile, bensì che il padre di famiglia li poteva chiamare in forza della sua potestà in tutti i suoi rapporti patrimoniali, come è dimostrato anche

---

cede soltanto ai genitori il diritto di diseredare i proprii figli per tali motivi, ma non è facile concludere da ciò che gli eretici e simili fossero considerati in generale subietti pienamente capaci. Vedi maggiori particolari al § 438 di questo *Commentario.*

25) § 25 seg. I. *de legatis,* 2, 20.

26) Vedi pag. 510 del vol. precedente.

27) GAIO, III, 104; § 6 I. *de inut. stip.* 3, 19.

dal nome di eredi necessari il quale indica che essi erano costretti ad accettare l'eredità anche contro volontà [28]). Perciò FIORENTINO poteva giustamente dire che l'istituzione degli eredi estranei dipende dal fatto *ut sit cum eis testamenti factio,* mentre degli individui soggetti alla potestà del testatore, siano essi *heredes sui* o servi, ciò non si può dire perchè fra loro e il testatore non vi è *commercium* e tuttavia l'istituzione di loro è possibile [29]).

In quest'occasione si è pure domandato se anche la qualità di *suus* non dovesse esistere nei due momenti della confezione del testamento e della delazione [30]). Il significato di questa domanda non può essere, se il testatore possa istituire *come suus* alcuno che al tempo della confezione del testamento non sia ancora *suus,* perchè in tal caso la questione coinciderebbe coll'altra, se sia possibile l'istituzione di un postumo *suus.* Il significato della questione è invece quest'altro: se un erede estraneo istituito possa ereditare come *suus* in base al testamento quando egli acquisti tale qualità soltanto alla morte del testatore, o se invece il testamento sia rotto per ciò. Quest'ultima opinione era ammessa nel più antico diritto, almeno da alcuni giureconsulti, ed era infatti logica; nelle Pandette invece si trova accolta l'opinione che il testamento non sia rotto per ciò e che l'erede istituito succeda in forza della istituzione [31]). Questa questione del resto non appartiene al nostro argomento perchè essa non è affatto collegata colla capacità di succedere e la suità è soltanto una qualità

---

28) Vedi pag. 416 del vol. precedente.

29) A prima vista sembra che questa spiegazione si trovi anche in Giano da COSTA, loc. cit., ma l'opinione di questo scrittore viene poi in definitiva ad essere questa, che il requisito della *testamenti factio* sia sottinteso nel *suus,* perchè nessuno può essere *suus* e incapace. Matteo WESENBECK *ad eundem locum* osserva che qui non si poteva parlare dei *sui* perchè essi avevano la testamentifazione *ex persona testatoris.* Ma il VINNIO, loc. cit., lo mette in ridicolo con queste parole: « Quis enim unquam fando audivit, quemquam habere testamentifactionem ex persona testatoris? » Eppure il WESENBECK non vuole in sostanza dir nulla di diverso da ciò che è espresso sopra nel testo.

30) BACHOVIO, *ad Inst.* loc. cit., n. 3. — VINNIO, loc. cit. n. 2.

31) Confr. GAIO, II, 141 e L. 23 § 1 D. *de liberis et post.*, 28, 2, L. 18 D. *de iniusto, rupto, irrito facto test.*, 28, 3. Vedi pag. 503 del vol. precedente.

particolare che ha una speciale influenza sul modo di acquisto dell'eredità, presupponendosi sempre però la capacità generale di succedere [32]).

Ma che cosa dovrà dirsi del caso d'istituzione d'erede fatta sotto condizione? Qui importa sopratutto vedere se la condizione si sia avverata prima della morte del testatore o dopo. Nel primo caso non vi ha alcuna differenza fra istituzione condizionata e istituzione pura. Pel secondo caso l'opinione comune ritiene che l'erede istituito debba essere capace al momento della confezione del testamento, al momento della delazione dell'eredità, cioè al tempo dell'avverarsi della condizione, e al momento dell'acquisto in maniera che una incapacità nell'intervallo fra la confezione del testamento e la delazione non gli sia di danno, mentre invece dalla delazione sino all'acquisto la capacità deve esistere ininterrottamente [33]). In sostanza anche qui tutto si regola come nella istituzione pura, salvo che invece del

---

32) Vedi Bachovio, loc. cit., n. 3. È un equivoco anche il richiamare, come fa per esempio lo Schrader *ad Inst.*, loc. cit., la L. 20 D. *de liberis et post.* 28, 2, a proposito della questione circa la necessità della capacità testamentaria del *suus* nei due momenti. Quel testo dice che se alcuno istituisce il figlio sotto una condizione e questo si fa arrogare *pendente condicione*, egli non acquista l'eredità come *suus et necessarius heres*. Ciò è naturale, perchè per succedere come *suus* bisogna avere la qualità di *suus* al tempo della delazione dell'eredità, ma ciò non ha alcun nesso colla capacità di succedere.

33) Il Hoepfner, *Comm. delle Istituzioni*, § 482 nota 4, cita a sostegno di questa opinione uno scritto di G. Enrico Lehr, *Erörterung der Frage, in welchen Zeitpuncten der Testamentserbe, etc.* (Trattazione della questione sui momenti nei quali l'erede testamentario e il legatario debbano avere la capacità di succedere), Darmstadt 1792, osservando che in questo scritto è confutata a fondo l'opinione comune, secondo la quale nell'istituzione condizionale debbano prendersi in considerazione tre momenti, quello della confezione del testamento, quello della morte e quello dell'avverarsi della condizione. Io non ho potuto, non ostante i miei sforzi, procurarmi lo scritto del Lehr, ma l'opinione qui difesa è accolta già anche da molti scrittori antichi come indubitata; vedansi per esempio Noodt, *Probabilia iuris*, lib. I, cap. 12 in f. e de Toullieu, *Collectanea*, pag. 441 seg. Certo è che dopo il Hofacker quest'opinione si può considerare come comune, tanto che l'opposta il più spesso neppure è menzionata. Vedi Hoepfner, loc. cit. — Thibaut, *Pandette*, § 947 n. II, 2, 8.ª ediz. — Guenther, *Principia iuris Romani privati novissimi*, t. II, § 735, c. II n. II. — Warnkoenig, *Comm. iuris privati*, III, § 1001.

momento della morte del testatore sta qui quello dell'avverarsi della condizione. Quest'opinione ha per sè gli argomenti più forti, anzi essa è fondata letteralmente nelle fonti e in primo luogo nel citato testo di FIORENTINO [34]). Questi, dopo aver osservato che due momenti vengono essenzialmente in considerazione e che inoltre l'erede deve rimanere capace nel tempo che va dalla morte del testatore sino all'acquisto, dice:

« Sive pure, sive sub conditione heres institutus sit; nam ius heredis eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem. Medio autem tempore inter factum testamentum et mortem testatoris, vel conditionem institutionis existentem, mutatio iuris heredi non nocet ».

Il requisito che l'erede debba essere capace in due momenti diversi e che la capacità duri fino al momento dell'acquisto dell'eredità vale dunque anche per le istituzioni condizionate: l'incapacità transitoria non nuoce se essa esiste nel tempo che va dalla confezione del testamento sino alla morte del testatore o all'avverarsi della condizione.

Ancor più chiaro parla un testo tratto dal XVI libro dei Digesti di CELSO [35]):

« Si heres institutus scribendi testamenti tempore civis Romanus fuit, deinde ei aqua et igni interdictum est. heres fit, si intra illud tempus, quo testator decessit, redierit, aut si sub conditione heres institutus est, quo tempore conditio exstitit ».

Non si potrebbe esprimere in modo più preciso il concetto che al momento della morte si sostituisce per le istituzioni condizionate quello dell'avverarsi della condizione: « basta che l'erede, il quale abbia perduta la capacità di succedere per *capitis deminutio magna*, l'abbia riacquistata al tempo della morte del testatore, o nel caso di istituzione condizionata, al tempo dell'avverarsi della condizione ». Non mancano però anche argomenti generali a conferma di questa opinione. Se al tempo della morte del testatore la condizione non si è ancora avverata la delazione resta in sospeso, in altre parole l'ere-

34) L. 49 § 1, D. h. t. e § 4, I *de her. qual. et differ*, 2, 19.
35) L. 59 § 4 D. h. t.

dità non è deferita finchè la condizione non si avveri [36]). Ora il motivo pel quale la capacità dell'erede è richiesta al tempo della morte del testatore è riposto espressamente nella possibilità giuridica di rendere efficace la delazione dell'eredità mediante l'adizione di questa [37]); la logica voleva adunque che riguardo al requisito della capacità il momento dell'avverarsi della condizione fosse parificato al momento della morte nelle istituzioni pure.

Si possono però sollevare alcuni dubbi contro questa opinione [38]). In primo luogo gli avversari potrebbero invocare il fatto che l'istituito sotto condizione può ottenere una *bonorum possessio secundum tabulas* prima dell'avverarsi di questa [39]). Ora non si può dubitare che questa *bonorum possessio* non si dava ad un incapace [40]). Ma se anche si volesse concedere che questo principio abbia avuto un valore così generale come di solito si afferma [41]), ne conseguirebbe soltanto logicamente la necessità che l'erede fosse capace al tempo in cui domandava la *bonorum possessio,* non già che nelle istituzioni condizionali la capacità si dovesse determinare al momento della morte. La concessione della *bonorum possessio* agli eredi condizionati appare però come una semplice modificazione dei principii fondamentali del diritto di successione dalla quale questi non possono essere scossi.

36) Arg. L. 17 D. *de condit. instit.* 28, 7; L. 13 pr. D. *de acq. her.* e L. 41 D. *de condit. et dem.,* 35, 1. — DONELLO, *Comm. iur. civil.,* lib. VII, cap. IV., edizione KÖNIG, t. IV, § 7. — Confr. anche ROSSHIRT, *Die Lehre von den Vermächtnissen* (Teoria dei legati secondo il diritto romano), vol. I, Heidelberg 1835, pag. 435.

37) L. 49 § 1 Dig. h. t.: « mortis tempore, *ut effectum habeat* ».

38) In nessuno degli scrittori da me consultati trovo accennati questi dubbii, eppure credo di dover richiamare su di essi l'attenzione del lettore.

39) L. 5 pr. L. 6, L. 10 D. *de bon. poss. sec. tab.* (37, 11), L. 12 D. *qui satisd. cog.* (2, 8), L. 8 pr. D. *de stipulat. Praetor.* (46, 5). — Jac. CUIACIUS, *obs. iur. Rom.,* lib. IX, cap. 5.

40) L. 59 § 4 D. h. t. (« Idem et in legatis, et in bonorum possessionibus »). L. 12 § 1 D. *de bon. poss.* (37, 1): « Ubicunque lex vel Senatus, vel constitutio capere hereditatem prohibet et bonorum possessio cessat ».

41) Che questo diritto fosse soggetto a gravi limiti è cosa che appare assai chiaramente da alcuni dei testi citati alle note precedenti, per esempio dalla L. 6 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11. Torneremo ad occuparci dell'argomento più oltre al titolo *de acquirenda vel omittenda hereditate.* Esso non ci interessa però per la soluzione della presente controversia.

Un altro argomento di dubbio si potrebbe derivare dal fatto che secondo la legge Giulia e Papia l'eredità testamentaria e i legati si deferivano, stando all'opinione comune, soltanto al momento dell'apertura del testamento, principio questo che fu abolito soltanto da GIUSTINIANO [42]. Ora, si potrebbe dire, se i giureconsulti delle Pandette richiedono, ciò non ostante, la capacità dell'erede al momento della morte del testatore, non si vede perchè lo stesso non debba dirsi per le istituzioni condizionate, posto che, se *delata hereditas intelligitur cum quis possit adeundo consequi* [43], neppure l'eredità che potrà essere adìta soltanto dopo l'apertura del testamento può ritenersi deferita prima. Per la stessa ragione l'eredità di un testatore sospetto di essere stato ucciso dai suoi schiavi non potrebbe ritenersi deferita

42) L. un. Cod. *de cad. toll.* 6, 50. — HEINECCIUS, *Comm. ad legem Juliam et Papiam Poppaeam,* libro III, cap. II, pag. 376, fa di questa disposizione un capitolo speciale, il primo, della legge caducaria, che egli restituisce così: « Hereditatem, si plures sint coheredes extranei, tabulis testamenti apertis demum adire liceto, neque ante dies legatorum, iure vel in diem certum relictorum, cedito »; i moderni lo seguono in sostanza. Vedi LOEHR, *Archiv* (Archivio della pratica civile), vol. V, diss. XV, n. II, pag. 388. — SCHWEPPE, *Roem. Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), § 452, 3.ª edizione. Però questa congettura è sempre molto incerta, perchè le due testimonianze delle fonti, sulle quali essa si fonda, parlano soltanto del sorgere del diritto al legato (*quando dies legati cedat*), secondo il diritto della legge Papia, e dicono che in seguito alla legge ciò non avvien più, come prima, alla morte del testatore, ma all'apertura del testamento. ULPIANO XXIV, 31; L. un. § 1 Cod. *de cad. toll.*, 6, 50. Vero è che in quest'ultimo testo è detto: « Cum igitur materiam et exordium caducorum lex Papia ab aditionibus, quae circa defunctorum hereditates procedebant, sumpsit », ma questa non è che l'espressione del principio che la questione se vi sia o no caducità deve decidersi avuto riguardo al tempo dell'adizione (L. 52 D. *de leg.* II, 31). Vedi più oltre note 43, 46. Del resto ciò deve essere accennato qui soltanto di passaggio. La teoria dell'acquisto dell'eredità ci darà occasione a tornare sull'argomento; per quel che c'interessa ora, la conferma della nostra opinione circa i momenti della capacità dell'erede nella istituzione condizionata, non occorre un esame più minuto di questo dubbio.

43) L. 151 Dig. *de verb. sign.* 50, 16. Il passo è tratto dal quinto libro di TERENZIO CLEMENTE, *ad legem Juliam et Papiam.* Si suppone pertanto che il giureconsulto colleghi l'esposizione di questo principio colla disposizione della legge secondo la quale l'adizione dell'eredità non poteva avvenire prima dell'apertura del testamento; prima dunque non si può neppur dire deferita l'eredità. Questa connessione è possibile però, ma non necessaria.

sinchè non fosse stata fatta l'inchiesta penale secondo le disposizioni del Senatusconsulto Silaniano [44]), e anche oggi non si dovrebbe parlare di eredità deferita finchè un ostacolo fisico o giuridico, per esempio la possibilità del sopraggiungere di un postumo, si opponga all'adizione. Infatti anche gli antichi parlano di un tal caso con tali espressioni come se l'eredità non dovesse ritenersi deferita prima che l'ostacolo fosse superato [45]): e si dovrebbe per ciò dire che l'eredità è deferita solo quando nulla si oppone all'effettivo acquisto di essa [46]). Ma riguardo alla capacità di acquistare si distinguono nettamente due momenti, quello della morte e quello dell'avverarsi della condizione: e ciò non può significare soltanto che prima dell'avverarsi della condizione l'eredità non possa essere acquistata in modo definitivo perchè altrimenti sarebbe stata inutile la menzione di questo momento e sarebbe bastato dire che la capacità deve continuare ad esistere dalla morte sino all'acquisto. L'indicazione del momento dell'avverarsi della condizione deve dunque significare, come del resto si ammette dai più, che l'incapacità nel tempo immediatamente precedente non nuoce. Quando pertanto i giureconsulti romani esprimono il concetto che una delazione efficace dell'eredità non possa esistere finchè si opponga qualche ostacolo all'acquisto, essi non vogliono certamente parificare qualunque ostacolo di questa specie ad una condizione pendente e così cade anche l'argomentazione sopra riferita.

---

44) Paolo, *Sent. Rec.*, III, 5, 1-12, e tit. Dig. *de Senatusconsulto Silaniano*, 29, 5.

45) L. 84 D. *de acq. her.*: « Ventre praeterito . . . , quamdiu rumpi testamentum potest, *non defertur ex testamento hereditas* ».

46) È molto dubbio in ogni caso che si possano derivare conseguenze pratiche dal concetto che secondo la *Lex Julia et Papia* le eredità testamentarie s'intendessero deferite soltanto all'apertura del testamento, come fa per esempio il Loehr, il quale per questo motivo ammette la così detta *transmissio Theodosiana* anche quando l'erede non sopravviva al testatore, perchè la legge di Teodosio II parla di mancanza dell'erede prima dell'apertura del testamento, ciò che si deve interpretare, secondo lui, prima della delazione dell'eredità. *Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. II, pag. 192 segg. La stessa opinione è seguìta da Hugo, *Lehrbuch* (Trattato di diritto romano), pag. 163, 7.ª ediz., Marezoll nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile) edita da Marezoll stesso. Linde e Wening-Ingenheim, vol. II, pag. 61.

Non mancano però scrittori i quali, anche indipendentemente da questi motivi, sostengano che l'istituito sotto condizione debba essere capace anche al tempo della morte del testatore. Sono fra questi il Bachovio [47]), il Vinnio [48]), Ulrico Hubero [49]) e Carlo Cristoforo Hofacker [50]). Il primo però ammette che il momento dell'avverarsi della condizione non debba separarsi dal momento della morte, perchè anche quello appartiene al tempo dell'acquisto; gli altri invece pensano che nell'istituzione condizionata si debbano distinguere tre momenti diversi e che l'incapacità sopraggiunta dopo la morte del testatore non nuoca all'erede se egli sia di nuovo capace al momento dell'avverarsi della condizione. Non è da credere che in questo modo si vengano a distinguere quattro momenti, come è stato osservato dagli avversari di questa opinione, perchè dal momento della delazione, cioè dall'adempimento della condizione, fino all'acquisto la capacità non può più mutare: questa opinione però merita censura per la ragione che Fiorentino evidentemente distingue i *tria tempora* rispetto ad ambedue i casi, ma nell'istituzione condizionata ha dinnanzi agli occhi quei tre momenti diversi, in quella pura invece egli considera ancora come un momento distinto il momento finale dell'adizione [51]). Tra i difensori di quest'opinione il solo Vinnio adduce degli argomenti; questi però consistono tutti nel dire che l'avverarsi della condizione retrotrae l'intero negozio al tempo della morte e la istituzione per ciò deve considerarsi come se fosse stata fatta sin da principio incondizionatamente [52]) e per ciò gli effetti dell'acquisto devono esser sempre gli stessi, e s'intende da sè che, avvenga questo per effetto di una istituzione condizionata o d'una istituzione pura, l'erede si considera in ogni caso come il continuatore immediato, al momento della morte, dei rapporti di diritto patrimoniale del defunto [53]). Non si vede però che cosa consegua da queste premesse

---

47) *Comment. in instit.* ad § 4, I. *de hered. qual. et diff.* nr. 2 in f. e num. 3.
48) *Comment. ad eund. loc.*, num. 7.
49) *Prael. iur. civil.*, t. I, ad tit. Inst. *de hered. qual. et diff.*, num. 3 in f.
50) *Princip. iur. civil. Rom. Germ.*, t. II, § 1289, nota *b*.
51) Così, per esempio, il Vinnio, loc. cit.
52) L. 26 in f. D. *de condit. instit.*, 28, 7.
53) L. 54 D. *de acquir. her.* L. 138 pr. L. 193 D. *de reg. iur.*, 50, 17.

circa il momento della capacità di succedere; gli effetti dell'acquisto possono anche essere identici, senza che occorra che le condizioni di esso esistessero già precedentemente. Ad ogni modo un simile argomento non può aver significato di fronte a dichiarazioni esplicite delle fonti quali noi abbiamo nel caso presente.

Del tutto opposta a questa è l'opinione, secondo la quale nella istituzione condizionata l'erede deve avere la capacità dal momento della delazione fino all'acquisto effettivo dell'eredità, nulla importando invece che egli avesse tale capacità al momento della confezione del testamento [54]). Questa opinione si fonda sulla L. 4 Dig. *de Catoniana regula*, 34, 7: «*placet Catonis regulam ad condicionales institutiones non pertinere*». Dato il concetto una volta comune sulla regola Catoniana, secondo il quale essa per prima avrebbe stabilito il principio che l'erede debba essere capace fin dal momento della confezione del testamento, c'è quasi da meravigliarsi che questa opinione non sia stata più diffusa. Fra i suoi difensori più caldi vi è Giacomo GOTOFREDO [55]) il quale la mette in relazione col testo precedente [56]), e spiega quest'ultimo nel seguente modo: La regola Catoniana non si riferisce a quell'eredità e a quei legati che non sono acquistati immediatamente alla morte del testatore, dunque non alle disposizioni condizionali. Egli tratta l'opinione contraria del FABRO [57]) in modo sprezzante; eppure questa riposa su un concetto esattissimo dello scopo e del significato della regola Catoniana. L'opinione di questo scrittore è la seguente: Per le istituzioni d'erede la regola s'intende da sè, i legati invece ricevono forza dalla istituzione d'erede valida; in essi

---

54) Così si esprime in proposito anche il WEBER ad HOEPFNER § 482 nota 4.

55) *Comm. ad tit. de regulis iuris, ad* L. 210, Opera *minora* edita a TROTZ, pag. 1232 seg. Anche il CUIACIO difende in sostanza la stessa opinione e solo diverge dal GOTOFREDO nell'interpretazione dei singoli testi.

56) L. 3 D. *de reg. Cat.*, 34, 7. PAPINIANUS, lib. XV *Quaest.*: «Catoniana regula non pertinet ad hereditates, neque ad ea legata, quorum dies non mortis tempore, sed post aditam cedit hereditatem». — Il CUIACIO *lib. IV Observationum*, cap. 4 e *ad Papiniani quaestionum, lib. XV*, ad L. 3, invece di *libertates* vorrebbe leggere *hereditates*. Questa correzione priva di fondamento, basata anzi su un concetto del tutto erroneo della regola Catoniana, è respinta da quasi tutti gli interpreti.

57) *Coniecturae*, lib. XII, cap. 19.

il tempo della confezione del testamento non ha, astraendo da ciò, alcuna importanza; importa solo invece il momento della morte del testatore colla quale soltanto esse cominciano ad avere un valore giuridico, *cedit legatorum dies a tempore mortis* [58]). Questa appunto è la ragione della speciale formulazione della regola Catoniana: il legato non varrebbe neppure se il testatore morisse nel momento in cui lo ordina. Tutto ciò è esposto con tanta esattezza che è veramente meraviglioso come questa teoria abbia richiamato così poco l'attenzione. Il Fabro però è andato certamente troppo in là quando ha dichiarato non genuina la parola *condicionales* nella L. 4 *eodem* [59]) per escludere così l'argomento *a contrario*, che se la regola Catoniana non è applicabile alle istituzioni condizionali, ciò vuol dire che essa è applicabile a quelle pure. Non occorreva ricorrere ad un espediente così ardito. Si potrebbe credere d'altronde che, ove fosse stato ammesso come sicuro che la regola Catoniana non si riferisse alle istituzioni d'erede in genere, non avrebbe poi potuto osservarsi che non si applicava alle istituzioni condizionate [60]); ma non si deve dimenticare che i due testi non formano un tutto unico e anzi appartengono a due autori diversi. La regola Catoniana contiene nel suo fondamento essenziale l'applicazione ai legati di una regola generale; essa però esprime qualche cosa di diverso dal principio che una disposizione testamentaria la quale non può valere al momento della confezione del testamento non possa valere neppure dopo, perocchè essa nella sua concezione esclude l'applicazione di quel principio ai

---

58) Questa espressione, che si adatta ai soli legati, è già una prova dell'inesattezza della spiegazione della L. 3 D. *de reg. Caton.*, 34, 7 data dal Gotofredo, perchè anche delle eredità avrebbe dovuto dirsi in tal caso *quorum dies non mortis tempore cedit.* Confr. Harnier, *de regula Catoniana*, § XI.

59) . . . « utpote quae in textum haud dubie irrepserit ex glossa imperiti interpretis, id ipsum fortasse existimantis, quod recentiores nostri, regulam Catonianam ad puras institutiones delatasque ex iis hereditates pertinere ».

60) Se si vuol correggere il testo è piuttosto da ammettere che Ulpiano qui, come nella L. 41 § 2 D. *de legatis*, I. 30, che è parimente tratta dal commentario *ad Sabinum*, abbia scritto: « Catonianam regulam ad condicionalia non pertinere »; forse le ultime lettere della parola *condicionalia* scritte non chiaramente hanno potuto esser prese per una sigla e tradotte in *institutiones.* Tale ipotesi però manca di base sicura e per ciò non è lecito edificare nulla su di essa.

legati nei quali il diritto del legatario non è fondato sin dal momento della morte del testatore. Questo non è detto espressamente, ma deriva dalla concezione stessa della regola. Non si può dunque dire che essa esprima pei legati il principio stesso che vale per le istituzioni d'erede, perchè o bisognerebbe in tal caso applicarla anche ai legati condizionati o viceversa bisognerebbe escludere le istituzioni condizionate dalla regola *quod ab initio non valet, etc.* Ora queste sono due cose ugualmente false: la prima perchè la regola di CATONE dichiara nulli soltanto quei legati che sarebbero tali se il testatore morisse subito dopo fatto il testamento, ma da ciò segue che valgano i legati la cui esistenza si fa dipendere da una condizione [61]): per le istituzioni d'erede invece non vale una tale limitazione e perciò l'osservazione aveva il significato che la regola non si applica nè alle eredità nè ai legati *quorum dies non mortis tempore cedit*, in altre parole essa non deve confondersi colla regola *quae ab initio inutilis fuit institutio ex post facto convalescere non potest* [62]). La possibilità di confusione era però sempre assai prossima perchè CATONE partiva dal concetto di applicare anche ai legati un principio fondamentale del diritto ereditario che invece era limitato alle sole istituzioni d'erede, mentre al contrario la limitazione della regola ai legati già efficaci al momento della morte del testatore fu soltanto il risultato della interpretazione sulla base della formulazione di essa. Certo non mancarono perciò giureconsulti i quali ritenessero lo stesso anche per le istituzioni d'erede e quindi volessero limitare il principio *quae ab initio inutilis fuit institutio, etc.* alle sole istituzioni pure. Ma questa interpretazione è rigettata con ragione da ULPIANO là dove egli dice *placet Catonis regulam ad condicionales institutiones non pertinere* [63]), vale a dire che come la regola Catoniana non si applica in generale alle istituzioni d'erede, così per queste non vale la limitazione di essa. I due principii della L. 3

---

61) « Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non: quia ad conditionalia Catoniana non pertinet », dice ULPIANO lib. XXII *ad Sabinum*; L. 42 § 2 in f. D. *de leg.* II.

62) L. 110 D. *de reg. iur.*, 50, 17.

63) L. 4 D. *de regula Catoniana*, 34, 7.

e della L. 4 avevano dunque nella loro connessione originaria un giusto significato, soltanto i compilatori avrebbero fatto meglio se avessero accolto il secondo in modo più completo o piuttosto non l'avessero accolto affatto, perocchè nella sua forma attuale esso poteva troppo facilmente dare origine a malintesi sulla regola stessa [64]).

Se ora noi riassumiamo brevemente il risultato della trattazione che precede possiamo concludere che la L. 4 cit. non ha il senso che la regola che un'istituzione da principio invalida non possa convalidarsi in seguito valga solo per le istituzioni pure, ma piuttosto che la limitazione della regola Catoniana derivante dalla stessa sua formulazione non è applicabile alle istituzioni d'erede condizionate. Deve perciò ritenersi confutata in tal modo l'opinione che nelle istituzioni condizionate non occorra che l'erede sia capace al tempo della confezione del testamento, qualunque cosa si pensi sul significato della regola Catoniana. Se si ammette coll'ARNDTS [65]) che questa non si riferisca affatto alla capacità di divenire erede cade senz'altro ogni applicabilità della regola contenuta nella L. 4 al nostro argomento; nel caso opposto si può anche domandare se anche i legatari non debbano avere la testamentifazione passiva negli stessi momenti che gli eredi [66]). Ma se anche a questa domanda si risponda

64) Questa spiegazione si trova accennata dal VOORDA, *Interpretationes et emendationes*, cap. XLV. Confr. pure HARNIER, *de regula Catoniana*, § IX, il quale però senza nulla dire sul rapporto dei due testi si limita a ricordare che l'argomento *a contrario* è molto pericoloso nell'interpretazione delle fonti del diritto romano. MUELLER, *Archiv, etc.* (Archivio della pratica civile), vol. XIV, diss. XIII, pag. 281. Anche qui però manca una trattazione speciale; egli infatti non fa che considerare la L. 4 come una conseguenza del principio contenuto nel testo precedente (*Catoniana regula non pertinet ad hereditates*).

65) *Ueber die Catonianische Regel* (Sulla regola Catoniana) nel *Rhein. Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), vol. V, pag. 210 seg.

66) Sembra che per questo concetto stiano le parole della L. 59 § 4 D. h. t.: « *idem et in legatis, etc.* ». Ma poichè queste parole possono in colleganza immediata con le precedenti essere intese anche nel senso che nelle disposizioni condizionate la capacità debba esistere al momento dell'avverarsi della condizione, questo non prova nulla contro gli altri argomenti, secondo i quali nei legati condizionali la capacità non era richiesta al tempo della confezione del testamento. L. 41 § 2 in f. Dig. *de legatis* I, 30, L. 98 D. *de cond. et dem.*, 35, 1. L. 3 D. *de reg. Cat.*, 34, 7, supposto però che questa regola si riferisse in generale anche al requisito della capacità di succedere.

in modo affermativo nulla si può argomentare da essa a favore dell'opinione che la capacità di succedere non sia necessaria nelle istituzioni condizionate, il contenuto della L. 4 cit. si potrebbe nella sua connessione cogli altri principii giuridici che regolano questa materia parafrasare nel modo seguente: dalla formulazione della regola Catoniana appare che essa non si applica ai legati *quorum dies post mortem testatoris cedit*, ma questa limitazione non è riconosciuta e alle istituzioni condizionate non si applica neppure la regola stessa.

In ogni modo la questione sul momento in cui dovesse esistere la capacità nelle istituzioni condizionate deve essere stata discussa fra gli antichi anche per quanto abbiamo detto sin qui sul significato originario della L. 4 cit.; ma non si può neppur dubitare che i compilatori seguissero qui l'opinione secondo la quale nelle istituzioni condizionate, quando la condizione non si sia ancora avverata alla morte del testatore, si sostituisca a questo momento il momento dell'avverarsi di essa, valendo per tutto il resto le stesse regole che per l'istituzione pura [67]. Tuttavia una limitazione della regola per la quale si richiede pure nelle istituzioni condizionate la capacità al tempo della confezione del testamento, è ammessa quasi generalmente e si ritiene che il testatore possa istituire un incapace per il caso che egli diventi capace, purchè dichiari ciò espressamente. Questa teoria si fonda principalmente sul seguente passo del secondo libro delle *Pandette* di MODESTINO: « In tempus capiendae hereditatis in-

---

67) Se restasse ancora un dubbio questo sarebbe tolto completamente dalla Parafrasi di TEOFILO al § 4 I. *de her. qual. et diff.*, la quale, dopo aver ripetuto il principio delle Istituzioni, che la capacità è necessaria nei due momenti della confezione del testamento e della morte, dice: se però si esamini la cosa più a fondo si trova ancora un terzo momento, nel quale deve esistere la capacità dell'erede, e cioè quando questi adisce l'eredità. E qui non vi ha differenza se l'erede sia istituito puramente o sotto condizione. Se nel periodo intermedio fra la confezione del testamento e la morte del testatore o, nelle istituzioni condizionate, l'avverarsi della condizione, lo stato dell'erede muti, ciò non nuoce. Se l'erede pertanto al tempo della confezione del testamento era cittadino, poi perdette la cittadinanza, ma la riacquistò prima della morte del testatore o, *nelle istituzioni condizionate prima dell'avverarsi della condizione*, ecc.

stitui heredem posse benevolentiae est, veluti: *Lucius Titius, cum capere potuerit, heres esto.* Idem et in legato » [68]).

Alcuni collegano questa limitazione col principio *Catoniana regula non pertinet ad condicionales institutiones* come essi l'intendono, nel senso cioè che il requisito della capacità al tempo della confezione del testamento non sia necessario nelle istituzioni condizionate, e per conseguenza debba la condizione di capacità potersi dichiarare espressamente [69]). Altri, già fra gli antichi, non riferiscono questo testo al difetto della vera capacità di succedere, ma al semplice *ius capiendi*, cioè ai casi nei quali esistendo già la capacità di succedere la legge, e in particolare la *lex Julia et Papia,* fa dipendere la possibilità da particolari circostanze [70]); gli scrittori moderni che si sono pronunciati per questa opinione non sembrano neppure ammettere la possibilità di un dubbio su di essa [71]). Le parole *cum capere potuerit,*

---

68) L. 62 pr. D. h. t. — Cfr. L. 51 pr. D. *de leg.* II: « Si ita quis testamento suo cavisset: illi quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo; utique tunc, cum quandoque capere potuerit, videtur ei relictum. Sed etsi dixerit: quam maximam partem dare possum, damnas esto heres meus ei dare, idem erit dicendum ».

69) Donello, *Comm. iuris civilis,* VI, cap. 17 § 30.

70) Vedi Bachovio *ad* Treutler *disp.*, vol. II, disp. XI, t. III in f. pag. 613. — Vinnio ad pr. I. *de her. inst.*, n. 1 in f. e ad § 9 eiusdem tit. n. 6 in f. — B. Chiesi, *Interpretationes iuris,* lib. I, cap. 1 in Eineccio, *Jurispr. Romana et Attica,* t. II, pag. 5 seg. Anche quest'ultimo scrittore però fa qui una confusione colla regola Catoniana nel senso che ordinariamente le si attribuisce. Il suo concetto è che il testo si riferisca soltanto ad individui capaci di succedere e solo incapaci di acquistare per certe disposizioni di legge. Se ora tali persone siano istituite semplicemente e al tempo della delazione siano capaci di succedere, la regola Catoniana sarebbe di ostacolo al diritto perchè esso vuole la capacità dell'erede al momento della confezione del testamento. Per alcune classi di questi incapaci semplicemente di acquisto avrebbero provveduto le leggi; così pei Latini Juniani e pei celibi era disposto che, se essi avessero acquistato la capacità entro i cento giorni dalla morte del testatore, potessero ricevere quanto era stato loro lasciato. Ulpiano, XVIII, 1; XXII, 3. Altri incapaci invece non avrebbero potuto ricever nulla, ma fu ammesso che si potessero istituire sotto la condizione dell'acquisto della capacità. Questa opinione illogica e contradicente alle stesse dichiarazioni delle fonti sul *ius capiendi* non ha bisogno di una speciale confutazione. Vedi infra nota 91.

71) Vedi infra nota 92.

alle quali si suol dare un gran peso, sono, a dir vero, troppo indeterminate [72]); anch'io però ritengo che il giureconsulto romano alludesse qui al *ius capiendi* in senso stretto [73]). Per la questione

---

72) Vedi per esempio § 4 I. *de her. qual. et diff.*

73) Per questa opinione stanno non solo le parole *cum capere potuerit* le quali si usano di preferenza per indicare la capacità nel senso della *lex Julia et Papia Poppaea* (vedi più oltre la trattazione sui limiti alla capacità di acquisto stabiliti da questa legge), ma anche il fatto che, come riconosce Modestino nella L. 62 pr. h. t., l'occasione a stabilire una tale regola doveva appunto presentarsi in modo straordinariamente frequente di fronte al *ius capiendi* nel senso di quella legge. I limiti riguardavano i celibi e gli orbi, cioè le persone senza figli. Si sa ora quanto spesso i testatori cercassero di ottenere coll'aggiunta di condizioni, come la *condicio nuptiarum* e *liberorum*, lo scopo stesso che la legge Papia avea di mira. Tali condizioni però sarebbero spesso rimaste senza effetto se il testatore avesse dovuto assoggettarsi alle disposizioni di legge sul tempo dell'acquisto; si concesse per ciò l'istituzione pel tempo dell'acquisto della capacità (v. infra pag. 415 sg.). Questo appare nel modo più chiaro da un altro testo, la L. 51 D. *de legatis*, II, 31, tratta dall'8.° libro del *Commentario* di Ulpiano alla *lex Julia et Papia*: « Si ita quis testamento suo cavisset: *illi, quantum plurimum per legem accipere potest, dari volo;* utique tunc, cum quandoque capere potuerit, videtur ei relictum. Sed etsi dixerit: *quam maximam partem dare possum, damnas esto heres meus ei dare,* idem erit dicendum ».

L'Eineccio, *Comm. ad legem Juliam et Papiam Poppaeam,* pag. 344, intende questo testo nel senso che la disposizione significasse che l'onorato dovesse al tempo determinato dalla legge per l'acquisto acquistare tanto quanto era capace di ricevere per legge. Quello che egli non poteva ricevere non andava all'erario come caduco, ma restava agli eredi, perchè si deve intendere sempre legato solo quanto l'onorato è capace di ricevere; tale sarebbe lo scopo e l'utilità pratica di una disposizione di questa specie. Il testatore poteva certamente avere di mira questo scopo e in tal modo provvedeva sempre benissimo agli interessi dell'erede, il quale, ben inteso, fosse capace, perchè questi era onerato solo di tanto quanto l'onorato poteva ricevere. Ma questo non era certamente l'unico scopo di simili disposizioni; ciò appare in modo chiarissimo dalle parole e dal contenuto del testo. Ulpiano dice molto chiaramente: *utique tunc, cum quandoque capere potuerit, videtur ei relictum.* Queste parole evidentemente non possono intendersi se non nel senso che l'avverarsi della condizione deve aspettarsi anche oltre il termine legale per l'acquisto. Si vede dunque da ciò che le condizioni di questa specie erano favorite, perchè il *tunc, cum quandoque capere potuerit* deve sottintendersi anche quando il testatore si sia semplicemente espresso nel modo generale che sopra. Una conferma di questa interpretazione si ha nelle parole immediatamente seguenti di Ulpiano: « is cui in tempus liberorum tertia pars relicta est, utique non

se vi fosse una semplice limitazione della capacità di acquistare il momento della confezione del testamento non veniva mai in considerazione, bensì soltanto il momento dell'acquisto. Il concedere al testatore di sospendere questo momento non urtava dunque contro i principii fondamentali del diritto successorio, come avrebbe urtato la concessione di istituire degli incapaci. Io credo però che nel testo ci sia ancora qualche altra cosa e che esso debba secondo lo spirito del diritto nuovo essere inteso in questo senso sebbene il suo significato originario non sia perciò escluso del tutto. Com'è noto le istituzioni d'erede non potevano in origine farsi dipendere da condizioni e quando questo divenne possibile vi furono però dei limiti. Così non potevano aggiungersi all'eredità condizioni risolutive o termini [74]) e lo stesso principio che le condizioni sottintese per la natura del diritto stesso non operavano come vere condizioni [75]) è in certo senso anch'esso una limitazione della stessa specie quando l'aggiunta di esse non è assolutamente superflua, ma può per esse il diritto essere sospeso. Così è che il legato non valeva come condizionato quando il legatario fosse istituito sotto la stessa condizione che l'erede al modo stesso che se la condizione fosse l'acquisto dell'eredità per parte dell'erede, perchè s'intende che il legatario non può ottenere nulla se l'erede non acquista l'eredità [76]). Evidentemente però questa è una limitazione del diritto di disposizione del testatore, perchè è possibile che il testatore volesse effettivamente sospendere l'acquisto del diritto per il legatario fino a quel momento. Senza modificazione tuttavia questo principio non restò e si considerò, per esempio, una vera disposizione condizionale quella nella quale il testa-

---

potest adoptando tertiam partem consequi » (L. 51 § 1 Dig. *de legatis* II, 31). La *condicio liberorum* espressa così in modo generico non poteva certo indicare semplicemente il tempo stabilito dalla legge per l'acquisto, ma dalla immediata congiunzione delle due dichiarazioni appare che la disposizione *quantum plurimum per legem accipere potest* non è altro che una disposizione sotto la *condicio liberorum*, alla quale Ulpiano pone il limite che la condizione non possa esser frodata mediante adozioni, perchè essa è diretta alla creazione di figli.

[74]) § 9 I. *de heredib. instit.* — L. 88 in f. D. h. t.

[75]) L. 99 D. *de condit. et dem.* (35, 1).

[76]) L. 21 § 1 D. *quando dies leg. vel fideic. cedat* (36, 2).

tore avesse fatto dipendere espressamente l'acquisto del diritto dalla dichiarazione di volontà dell'onorato, qualora non fosse del tutto evidente la piena oziosità di una simile determinazione [77]).

Tornando ora al nostro testo la disposizione testamentaria: il tale sia mio erede *cum capere potuerit* poteva trovarsi in opposizione con parecchie regole dell'antico diritto rigoroso. Alle istituzioni d'erede non potevano aggiungersi termini. Anche questa regola perse a poco a poco una parte del suo rigore e se il termine non era in ogni riguardo ben precisato la disposizione valeva come condizionata [78]); l'aggiunta di un *dies certus* non produceva poi più nullità, ma l'istituzione valeva come *pura institutio* [79]). Dopo la nascita del primo di

77) Come istituzione condizionata valeva perciò l'istituzione di un *suus* colla clausola *si voluerit*, non valeva come tale invece per l'erede volontario. Cfr. L. 86 § 1 D. h. t. L. 12 D. *de cond. inst.*, 28, 7: « Verba haec: *Publius Mevius si volet heres esto*, in necessario conditionem faciunt, ut si nolit, heres non existat; nam in voluntarii heredis persona frustra adduntur, cum, etsi non fuerint addita, invitus non efficiatur heres ».

Per l'erede volontario questa condizione è del tutto superflua, perocchè essa non sospende nulla, non acquistando l'erede prima della sua dichiarazione di accettare. Diversamente vanno le cose per il legatario, perchè quando il legato non sia condizionato *dies legati cedit* alla morte del testatore. Sebbene dunque il suo diritto non si realizzi se non dopo che l'erede abbia accettato l'eredità, il testatore poteva tuttavia avere delle buone ragioni per far dipendere la nascita stessa del diritto (*dies cedit*) dal momento dell'acquisto dell'eredità. Il legato però vale come legato puro quando sia stato lasciato sotto la condizione stessa che l'istituzione d'erede. Vedi la nota precedente.

78) L. 75 D. *de cond. et dem.*, 35, 1: « Dies incertus condicionem in testamento facit » [n]).

79) § 9 in f. Inst. h. t. L. 34 D. h. t.: « Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato manet institutio ». Anche il Vinnio ad § 9 I. h. t. nota che qui si ha una limitazione dello stretto diritto: « Quod dies tollitur *benevolentiae est, ne pereat ultima defuncti voluntas* ». Analogamente si esprime G. da Costa *ad eundem loc.*

n) Su questa regola vedi più oltre i §§ 1457 e 1465 nel titolo VII di questo libro: *de condicionibus institutionum*. Si consultino ancora fra gli scrittori più recenti Ferrini, *Teoria generale dei legati*, Milano 1889, pag. 525 seg. — Boistel, *Du dies incertus et de ses effets dans les dispositions testamentaires*, 1885. — Brunetti, *Il* « dies incertus » *nelle disposizioni testamentarie*, Firenze, 1893. — Segrè, *Gli effetti del* « dies incertus quando » *nelle disposizioni di ultima volontà* nella *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, Vol XVIII, fasc. 2-3. — Riccobono, Recensione allo scritto del Brunetti nel *Circolo giuridico*, Vol. XXV.

questi due principii la semplice espressione di una modalità nella forma di un termine aggiunto all'istituzione non poteva più nuocere, il *cum capere potuerit* era considerato una condizione. Ancora però si potevano fare delle obiezioni alla piena efficacia di questa aggiunta. Le disposizioni testamentarie infatti non possono contenere nulla che deroghi alle norme di diritto pubblico in senso stretto [80]); ora se si fosse applicato alla lettera il *cum capere potuerit* la disposizione avrebbe dovuto valere ancora dopo il termine entro il quale, per alcuni casi almeno, era stabilito che l'istituito dovesse procurarsi il *ius capiendi* [81]). E neppure avrebbero dovuto tenersi in considerazione le condizioni che noi abbiamo detto sottintese (vedi nota 75); ora a queste apparteneva anche la condizione della capacità. Ma la volontà del testatore poteva esser diretta ad attribuire l'eredità all'erede anche nel caso che questi non fosse capace al temqo della morte o al tempo dell'acquisto. In ogni modo era sempre una interpretazione liberale dei principii fondamentali del diritto ereditario l'ammettere quella disposizione non solo, ma il riconoscerle anche la più piena efficacia applicandola come se la volontà semplicemente probabile del testatore fosse certa. Così il giureconsulto romano poteva dire con piena ragione in *tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevoleutiae est*, nè da queste espressioni si può concludere che una istituzione di un incapace sia semplicemente concessa sotto la concessione della futura capacità, perchè altrimenti al testatore non si concederebbe nulla cui egli non avesse diritto [82]). Ma anche a questa opinione non si può opporre che la concessione dell'istituzione *in tempus capiendae hereditatis* sarebbe stata senza significato pratico per essere nel diritto nuovo venuti a mancare quei rapporti ai quali si

---

[80]) L. 3 D. *qui test. fac. poss.*, 28, 1: « Testamentifactio non privati, sed publici iuris est ». Applicazioni si trovano in L. 15 § 1 D. *ad legem Falc.* 35, 2 e in L. 13 Cod. *de test.* 6, 23.

[81]) ULPIANI, *Fragm.* tit. XVII, § 1 — « v. gr. si coelibi vel Latino Juniano lagatum fuerit, nec intra dies centum vel coelebs legi paruerit, vel Latinus ius Quiritium consecutus sit ».

[82]) Questo motivo cerca di far valere fra gli altri G. ALTAMIRANO, *Comm. ad librum VI Quaestionum Scaevolae*, tr. VI § 34 nel *Thesaurus iuris civilis* dei MEERMAN, t. II, pag. 459 *b*.

riferiva quel *ius capiendi*. Quest'ultima affermazione è certamente esatta [83]), ma è altrettanto esatto che nell'applicazione pratica delle singole disposizioni delle fonti non si deve guardare soltanto al loro significato originario [84]), bensì il principio giuridico che da esse deriva deve intendersi ed applicarsi nel modo possibile anche presentemente [85]). Da tutto ciò non consegue però che la possibilità della istituzione di un erede *in tempus capiendae hereditatis* debba necessariamente riferirsi al caso di incapacità al momento della confezione del testamento. Soltanto in un riguardo il concetto di *ius capiendae hereditatis*, com'è concepito dall'autore del testo, deve essere esteso in certo modo o diversamente determinato per potere far uso oggi di quella disposizione, deve cioè ad esso sostituirsi il concetto più generale di capacità di acquisto, onde può il requisito della capacità al tempo della confezione del testamento e al tempo della delazione, senza nuocere alla verità ed esattezza dei concetti, esprimersi così: l'erede deve essere capace in genere di acquistare e in particolare di acquistare per testamento. Sotto questi presupposti anche oggi il testatore può per buoni motivi indursi ad istituire un erede capace al tempo della confezione del testamento *in tempus capiendae hereditatis*, cioè può disporre che se l'erede al tempo della morte del testatore avesse perso la capacità non debba per questo essere escluso dalla eredità, ma debba aspettarsi ch'egli ridiventi capace [85 a]).

L'opinione comune adunque non si giustifica nè per sufficienti ragioni teoriche, nè per ragioni pratiche. Tuttavia essa non è del tutto priva di fondamento. In primo luogo si può a favore di essa invocare il principio che è permessa l'istituzione di un *postumus suus*, anche quando questi al tempo della confezione del testamento non

---

83) L. un. Cod. *de cad. toll.* 6, 51.

84) L. 20, L. 21 D. *de legibus*, 1, 3.

85) Vedi il mio *Lehrbuch des Pandektenrechts* (Trattato del diritto delle Pandette), I, § 65, 67.

85 a) Questa è pure l'opinione del LEHR nella dissertazione citata dal HOEPFNER, *Comm.* § 482 nota 4 *In welchen Zeitpuncten, etc.* (Sui momenti nei quali l'erede testamentario e il legatario debbano avere la capacità di succedere), e anche dello SCHWEPPE, *Das Roem. Privatrecht* (Il diritto privato romano nella sua applicazione odierna) edito dal MEYER, vol. V, § 788.

sia ancor nato e quindi certamente non sia capace [86]). Anche in tal caso si teneva in speciale considerazione l'espressione usata dal testatore, la quale doveva appunto alludere al futuro avverarsi di una qualità che l'erede istituito non possedeva ancora al tempo della confezione del testamento, per esempio, *si filius meus vivo me moreretur, tunc si quis mihi ex eo nepos post mortem meam in decem mensibus proximis natus erit, heres esto* [87]). Infatti questa non era altro che la istituzione di un subietto non ancora capace sotto la condizione che egli divenisse capace e venisse a trovarsi col testatore nel rapporto di *suus heres* [88]). Certamente questo non si applica al nostro caso perchè la concessione dell'istituzione di un postumo era fondata su motivi del tutto speciali [89]), però resta accertato che già gli antichi giureconsulti ritenevano possibile in certi casi particolari l'istituzione di un incapace purchè fosse aggiunta espressamente la condizione della capacità. Non deve inoltre negarsi che dopo l'abolizione delle leggi che avevano dato origine alla distinzione tra capacità di succedere vera e propria e *ius capiendi,* l'applicazione del principio che si possa istituire validamente un erede in *tempus capiendae hereditatis* doveva, secondo quanto abbiamo detto sopra, essere limitata a casi rarissimi, ma doveva anche avere acquistato un altro significato pratico. Qui dunque si presenta la questione se i compilatori abbiano per avventura inteso la frase *capere posse hereditatem* nel senso generale, nel quale appare già anche talvolta nei giure-

---

86) Confr. Gaio, II, 242, L. 29 D. *de liberis et postumis*, 28, 2. Vedi pag. 435 del volume precedente.

87) L. 29 pr. Dig. *de lib. et post.* 28, 2. Confr. anche L. 28 § 3 D. *eod.*

88) L'Altamirano, *ad Scaevolae quaestiones*, Tr. VI, § 32 seg. in Meerman, II, pag. 459, cerca di dimostrare che fra i due casi vi è differenza essenziale. Colla concessione dell'istituzione di un *postumus suus* non si sarebbe per ciò deviato affatto dal principio che l'erede debba essere capace al tempo dell'istituzione, perchè non la condizione ma l'istituzione sarebbe rimessa al tempo della capacità; in altre parole, il postumo non potrebbe ritenersi istituito prima del momento in cui egli è capace ed *heres suus*. Io confesso che questa distinzione è troppo alta per la mia intelligenza.

89) Vedi pag. 435 del volume precedente.

consulti antichi, di capacità di succedere. Se ciò debba ammettersi, la possibilità giuridica di istituire alcuno per il tempo in cui diverrà capace potrà difficilmente intendersi altrimenti che nel senso che possano istituirsi anche le persone incapaci al tempo della confezione del testamento. Se poi si domanda qual' è in pratica lo stato delle cose facilmente si potrà dimostrare che l'opinione comune coincide coll' interpretazione usuale di questo principio. La Glossa non ne conosce altre [90]) e sebbene più tardi si siano alzate delle voci contro di essa non se ne è tenuto quasi conto [91]) e i Trattati e Manuali soliti di diritto romano, quando non tacciono, come, per esempio, Hofacker e altri, parlano senza eccezione della possibilità di istituire erede un incapace sotto la condizione che egli diventi capace come di un principio indubitato, che fondano sulla L. 62 pr. Dig. h. t. [92]) ed è solo in questi ultimi tempi che alcuni si sono pronunciati contro questo concetto [93]). L' interpretazione comune adunque ha abbastanza argomenti a suo favore per potere nell' applicazione pratica pretendere la preferenza di fronte alla opinione opposta, la quale del resto è storicamente assai ben fondata.

---

90) Vedi la Glossa di Accursio, *cum capere* ad L. 62 pr. h. t.

91) Vedi sopra nota 70. Soltanto nei seguenti scrittori più tardi ho trovato menzionata e accolta questa opinione: *Joh.* Voet, *Comment. ad Pand. tit. de heredib. inst.* § 22. in f. *R. J.* Pothier, *Pand. Iustin.* Nr. 183 in f. (T. II, p. 351 A.). *Greg.* Majansius ad trig. ICt. Fragm. P. II, p. 88. Hoepfner, *Comm. delle Istituzioni* § 482, nota 4, fa menzione dell' opinione del Vinnio, ma la respinge senza addurre alcuna ragione. Lo stesso fa il Westphal, *Testamenti*, § 169.

92) Vedi Hoepfner, *loc. cit.*; Thibaut, *Pandecten* (Pandette) § 947 n. II, 1, 8.ª ediz.; Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), Libro V, § 43; Mühlenbruch, *Doctrina Pandectarum*, III, § 642 n. 5; Seuffert, *Lehrbuch des practischen P. R.* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), Vol. III, § 533; Warnkoenig, *Commentarii iuris romani privati*, III, § 1001.

93) Mueller, *Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall* (Sulla natura della donazione a causa di morte), Giessen 1829, pag. 86 seg.; Hasse, nel *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), Vol. III, pag. 413; Arndts, *ibidem*, V, pag. 212 seg.

Del resto sembra che qui sia il luogo più adatto per esaminare la differenza più volte toccata fra *capere posse* o *ius capiendi* in senso stretto e capacità di succedere vera e propria più da vicino che non abbiamo fatto in altro punto del *Commentario* [94]). Alcuno può avere la capacità di succedere e tuttavia essere incapace di acquistare qualche cosa da una data eredità. A ciò si riferiscono in particolare le espressioni *capax* [95]), *capacitas* [96]), *capere posse* o *non posse* [97]). Questo contrapposto è riconosciuto non solo, ma anche espressamente indicato in non pochi testi. Ci limitiamo qui ad indicare ULPIANO, XXII, 3:

« Latinus Junianus, si quidem mortis testatoris tempore, vel intra diem cretionis civis Romanus sit, heres esse potest; *quodsi Latinus manserit Lege Junia capere hereditatem prohibetur.* Idem iuris est in persona coelibis, propter legem Juliam » [98]).

La prima questione che ci si presenta è sull'origine di questa differenza, sul suo significato, così in generale, come in particolare per diritto giustinianeo e per diritto moderno. Quanto al suo fondamento esso sta nelle disposizioni del diritto positivo che

---

[94]) Vedi sopra pag. 234 e seg.

[95]) L. 29 D. *de liber. leg.* (XXXIV, 3). PAULUS, *lib. VI ad legem Juliam et Papiam.* « Si is, qui duos reos promittendi habet, damnaverit heredem, ut utrosque liberet, si alter ex his *capere non possit*, nec socii sint, delegari debebit is, qui nihil capit, ei, cui hoc commodum lege competit — — —. Quod si socii sint, propter eum, *qui capax est*, et ille capit per consequentias » — —. Anche a non guardare l'iscrizione del testo, si vede subito che qui non si tratta di vera capacità di succedere, perchè il condebitore, che qui è designato come *non capax*, può esser delegato e può anche acquistare indirettamente *ex testamento* facendo società con un capace. Vedi anche L. 8 *Cod. comm. de succ.* 6, 59.

[96]) L. 55 § 1 D. *de leg. II.* — ULPIANI *Fragm.* Rubr. Tit. XVI. « De solidi *capacitate* inter virum et uxorem ».

[97]) Quest'espressione si trova qui usata il più spesso. Vedi L. 10 D. *de his quæ ut ind.* 34, 9. GAIO, *lib. XV ad legem Iuliam et Papiam;* ULPIANO, XVI-XVIII, XXII, 3 e gli esempi in BRISSONIO, h. v. § 3, 4. FORCELLINI, *testius latinitatis lexicon* v. capio, § apud iurisconsultos.

[98]) Più ve ne sono nei quali quella distinzione è presupposta; per es. L. ult. D. *de legatis I*, 30. L. 55 § 1 Dig. *de legatis II*, 31, L. 10 D. *de his quae ut ind.* 34, 9.

regolano la capacità di acquisto di un subietto per sè capace di succedere.

L'origine e la sede fondamentale del concetto di *ius capiendi* in contrapposto alla testamentifazione passiva sta nella Legge Giulia e Papia Poppea dei tempi di AUGUSTO [99]); questa è almeno l'opinione più probabile [100]). I singoli casi che possono con sicurezza accertarsi, parte dalla legge stessa, parte per altre fonti, sono i seguenti:

1.° Secondo la disposizione della legge Giulia e Papia Poppea un celibe non può ricevere nulla per testamento, l'orbo soltanto la metà di ciò che gli sia stato lasciato a titolo di erede o di legatario [1]). Vi erano però le seguenti eccezioni: *a*) erano esclusi dalle disposizioni della legge le *personae coniunctae*, cioè i cognati sino al sesto grado inclusivo, vale a dire i sobrini nella linea collaterale e i figli di questi (*a sobrino nati*), inoltre gli affini nella linea ascendente o discendente e nella linea collaterale fino allo stesso grado dei cognati, infine tutti quelli che stavano nella

---

[99]) Vedi HUGO, *Geschichte des R. Rechts*, Vol. II, pag. 753-765, 2.ª ediz.

[100]) Si potrebbe riferire a questo argomento anche la legge Voconia *de mulierum hereditatibus* di epoca assai anteriore. Ma difficilmente questa si riferiva alla semplice capacità di acquisto (Vedi quanto è detto nella trattazione seguente). La maggior parte dei testi, nei quali si trovano le espressioni *capere posse* o *non posse*, è anche tratta dai commenti a questa legge, o per lo meno si riferisce all'applicazione di essa.

[1]) GAIO, II, 111, 144, 286, (« Caelibes, — qui *per legem Juliam* hereditates legataque capere prohibentur — — —; item orbi, qui per legem Papiam ob id, quod liberos non habent, dimidias partes hereditatum legatorumque *perdunt* » —). *Orbus* del resto non è colui che abbia anche un sol figlio vivente nato da matrimonio (L. 148 D. *de verb. sign.* 50, 16. GAIO, libro VIII *ad legem Juliam et Papiam*). Secondo un' opinione assai comune, per la quale si possono pure addurre alcuni buoni argomenti, un figlio bastava per gli uomini, per le donne occorrevano tre, e, se si trattava di libertine, quattro figli. Vedi SCHULTING, *Notae ad Ulp. XIII*, nota 2; EINECCIO, *ad legem Juliam et Papiam*, lib. II cap. 21 § 3, pag. 343. È una questione diversa poi se si riferisca alla nostra ipotesi la denominazione *solitarius pater* che trovasi nella rubrica del titolo XIII dei frammenti di ULPIANO. Secondo il significato proprio di essa dovrebbe intendersi un padre rimasto privo di figli o anche un padre solo, cioè senza moglie (CUIACIO, *Paratitla in Cod.*

stessa potestà famigliare (*potestas, manus, mancipium*) delle persone eccettuate: queste *exceptae personae,* come sono anche chiamate, avevano la *solidi capacitas,* cioè anche i celibi e gli orbi potevano, appartenendo a tali persone, ricevere tutto ciò che loro era stato lasciato per testamento [2]). *b*) I coniugi potevano ereditare com-

---

tit. de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis; FORCELLINI, *Lexicon,* v. solitarius), ciò che può dar origine alla congettura che vi sia stata anche una differenza fra un padre ammogliato e un padre vedovo. Vedi HUGO, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), pag. 758, linea 21 seg. In ULPIANO c'è una lacuna.

[2]) Questo non è del tutto indiscusso benchè gli argomenti già noti per l'opinione qui accolta abbiano ricevuto una seria conferma dai frammenti vaticani. In parecchi testi dei Digesti che sono tratti dai commenti sulla legge Giunia e Papia le persone sopra indicate sono enunciate fra le persone *exceptae,* benchè non in riguardo al contenuto di questa legge. Cfr. L. 4, 5 Dig. *de testibus,* 22, 5, L. 6. Dig. *de gradibus et affinibus,* 38, 10, L. 146 Dig. *de verborum sign.* 50, 16. A ciò si può aggiungere anche una testimonianza di SOZOMENO, *Historia ecclesiae,* Lib. I c. 9, secondo il quale i prossimi parenti erano esclusi dalla disposizione della legge. Su ciò si era fondata l'opinione sopra esposta che soleva esprimersi con questa formula, che fossero esenti dalle pene della legge i cognati fino al sesto grado. CUIACIUS, *Paratitla* in Lib. VIII Cod. tit. 57 *de infirmandis poenis coelibatus et orbitatis,* ed. Neap. p. 577. *J. G.* HEINECCIUS in *comment. ad Leg. Jul. et P. P.* Lib. II, c. 21, § 3. p. 342. — Nei frammenti vaticani si trova ora al titolo *de excusatione* una serie di disposizioni sul *ius potioris nominandi,* vale a dire sul diritto di evitare il *munus* imposto indicando invece una persona più adatta e sulle persone alle quali questo diritto compete. Così è detto nel § 158 che tal diritto non compete ai *cognati vel affines utriusque necessitudinis* (vale a dire, come interpreta il BUCHHOLTZ nella sua edizione dei *Frammenti vaticani,* in nota, tanto da parte di padre quanto da parte di madre) *qui lege Julia et Papia excepti sunt.* Più oltre questo concetto è determinato più precisamente dopo la ripetizione del principio generale. Riferiamo questi testi secondo l'ultima edizione del HOLLWEG che fa parte del *Corpus iuris romani anteiustiniani* edito da BOECKING, BETHMANN-HOLLWEG e PUGGÉ, Bonn 1835, pag. 229, avvertendo che le aggiunte degli editori sono indicate con carattere corsivo.

(§ 214) « Sed nec cognati vel adfines possunt nominare potiores, sed — — — hi soli, qui lege Julia *Papiave* excepti sunt ». (§ 215). « Proinde si quis cognatus alterutra lege exceptus — — — Diodoto praetori est rescriptum, potiorem nominare non poterit, — — nominare adfinis, qui alterutra lege exceptus — — ».

pletamente l' uno dall' altro, oltre i casi nei quali i figli morti si consideravano come viventi (vedi nota 1), quando il marito sopra-

---

Il senso di questo testo corrotto è evidentemente il seguente: chi appartiene alle persone *exceptæ* secondo l'una o l'altra di queste leggi non ha il *ius potioris nominandi*.

(§ 216). « Excipiuntur autem lege quidem Julia cognatorum *sex gradus et ex septimo* sobrino sobrinave natus; sed et nata per interpretationem (la Lex Julia avea nominato il solo *natus*); *item qui in* horum potestate sunt, quaeve in matrimonio, vel ii qui sunt *cognatarum nostrarum* hoc gradu nos contingentium mariti, vel eorum, qui sunt in potestate nostra, cognati, contingentes eos ea cognatione, *quae septimum gradum* non excedit » (§ 217). « Item, nuptarum nobis *cognati usque ad sextum* gradum, vel nostri cognati ab uxoribus nostris —. » (§ 218). « Lege autem Papia ii adfines excipiuntur, *qui vir et uxor et gener et nurus*, et socer et socrus umquam fuerunt. » (§ 219). « Item vitricus, *noverca*, *privignus*, privigna, vel ipsorum, vel eorum, qui in eorum potestate fuerunt. »

È noto che la legge Giulia e Papia nel suo contenuto fondamentale minacciava una pena ai celibi e agli orbi per ciò che riguardava il diritto di ricevere qualche cosa per testamento; quando pertanto si parla senza altro di *personae exceptae* ciò significa che queste persone non sono soggette alla pena della legge Giulia, esse sono ancora soggette all'antico diritto. Che la legge Giulia, la quale minacciava pene pei celibi, abbia indicato come eccettuate alcune persone che non erano indicate nella legge Papia, la quale parlava dei soli orbi, e viceversa, è cosa che appare da parecchi dei testi sopra citati, ma poichè quella prima legge fu riprodotta poi nella posteriore *lex Papia Poppaea*, l'interpretazione estese le eccezioni contenute nell'una legge all'altra. V. Buchholtz, nota *lege Julia et Papia excepti*, § 158 e nota al § 214 dei *Frammenti vaticani*. Ma appunto dove sono nominate le *personae exceptae* si trovano parecchie lacune nel manoscritto vaticano. I supplementi congetturati dai moderni editori sono però, ad eccezione di un sol punto, esatti nel loro senso, come appare dal confronto coi testi delle Pandette e con altro dei Frammenti vaticani. Fondandosi su questo argomento non si esita oggi ad ammettere in generale che tanto gli affini quanto i cognati fossero esclusi dalla legge. Vedi Klenze, *Die Cognaten und Affinen nach R. R.* (I cognati e gli affini secondo il diritto romano) nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista della giurisprudenza storica), volume VI, pag. 67-70, 101-106. Un dubbio tuttavia si può elevare a riguardo degli affini pel motivo che i coniugi erano ammessi alla *solidi capacitas* soltanto per particolari motivi. Ulpiano, XVI, 1. È possibile a dir vero che gli affini fossero esclusi soltanto dalla disposizione della legge Papia, dalla pena degli orbi cioè, come ammette il Buchholtz, § 158 nota *lege Julia et Papia*, ma questo non si applica ai coniugi e neppure la circostanza che

vivente non avesse ancora 25 anni e la moglie 20 o quando quello avesse già raggiunto i 60, questa i 50 o infine quando il

---

essi abbiano figli attribuisce mai loro la *solidi capacitas*. In una parola pei coniugi valeva un diritto particolare al quale non si applicavano le regole comuni nè le comuni eccezioni. Un figlio attribuiva la *solidi capacitas*, ma doveva essere un figlio comune col testatore: per ogni figlio nato da un precedente matrimonio il coniuge poteva ricevere un decimo dal testamento dell'altro coniuge e più un decimo per causa del matrimonio, nonchè la terza parte dell'usufrutto dell'intero patrimonio. ULPIANO, XV. Un figlio comune ai due coniugi si considerava vivente quando fosse morto dopo la pubertà, o quando non fosse ancora trascorso un anno e mezzo dalla sua morte, e infine si aveva anche la *solidi capacitas* quando si avesse perso almeno due figli di tre anni, o tre o più dopo il nono giorno (ULPIANO, XVI, 1). Un figlio comune perso dopo il nono giorno dava diritto ad un terzo. ULPIANO, XV. Astrazion fatta da questa finzione della perduranza della vita dei figli e da alcune altre disposizioni che enumereremo in seguito, i coniugi erano in riguardo alle limitazioni della capacità di succedere in condizioni peggiori degli estranei: il diritto della prossima parentela era riconosciuto anche per essi perchè i coniugi parenti sino al sesto grado erano anche *solidi capaces* (ULPIANO, XVI, 1), ma la loro affinità era piuttosto un ostacolo anzichè una condizione favorevole per la capacità di acquistare. Questo diritto particolare dei coniugi non può per la sua stessa natura riferirsi agli affini in senso stretto, nè ciò si concilierebbe d'altronde col fatto che appunto gli affini sono indicati come persone esenti dalla legge (*cognati vel adfines qui lege Julia et Papia excepti sunt*, Vat. Fragm., 158). Quando pertanto il BUCHHOLTZ, nota al § 158: « Affines ab eadem poena sub ea tantum conditione liberati fuisse videntur, si non orbi essent, alias enim non solidi, sed semissis tantum capacitatem habuisse videntur, *quia ne proximi quidem affines, vir et uxor*, semper solidum capere potuerunt, » quest'argomentazione dal diritto dei coniugi agli altri affini deve essere respinta parte per la naturale inapplicabilità di quel diritto ad altri che ai coniugi, parte perchè altrimenti gli affini indicati come *personae exceptae* non avrebbero evidentemente avuta alcuna preferenza di fronte agli estranei. Vedi KLENZE, loc. cit. pag. 68-70. Le speciali limitazioni stabilite pei coniugi si spiegano d'altronde benissimo col riflesso che di fronte ad essi lo scopo della legge, che era quella dell'aumento dei figli nati da matrimonio, si tenesse maggiormente presente che per gli altri, al che si deve aggiungere anche la supposizione che le disposizioni testamentarie di un coniuge a favore dell'altro spesso fossero captate. Questo almeno è il motivo che COSTANTINO nella L. un. § 2 Th. Cod. *de inf. poenis coelibatus et orbitatis*, 8, 16, adduce a giustificazione della disposizione colla quale abolisce le pene della legge per gli estranei lasciandole in vigore pei co-

marito fosse assente, probabilmente *rei publicae causa*, durante il tempo dell'assenza e per un anno dopo il suo ritorno [2a]). Il diritto dei coniugi minori giovava anche ai fidanzati, ma con alcune limitazioni; la sposa doveva non essere inferiore ai 10 anni e il matrimonio non restare sospeso per più di due anni [3]). *c*) Anche dopo lo scioglimento del matrimonio aveva luogo una *vacatio legis*, solo però per la moglie durante i primi due anni se il matrimonio èra stato disciolto per morte, durante un anno e mezzo se era stato disciolto per divorzio [4]). *d*) Chi dentro i 100

---

niugi. « Verum huius beneficii maritis et uxoribus inter se usurpatio non patebit, quorum fallaces plerumque blanditiae vix etiam opposito iuris rigore cohibentur, sed maneat inter istas personas legum prisca auctoritas ». Cfr. anche L. ult. Th. Cod. *de legit. her.*, 5, 1 e SCHULTING, nota 2 *ad Ulpiani Fragmenta* tit. XV. Da ciò consegue che non si può accogliere la restituzione delle parole *vir et uxor* nel § 218 dei *Frammenti vaticani*, perchè l'essere queste persone nominate fra gli *excepti* dalla legge Cincia (*Vat. Fragm.* § 302), non prova nulla essendovi varie differenze fra i varii casi di *personae exceptae*, come per la legge Furia, legge Cincia, diritto di successione pretoria, ecc. Vedi KLENZE, loc. cit. pag. 101 e seg. Il BAUMEISTER, *Das Anwachsungsrecht unter Miterben* (Il diritto di accrescimento fra coeredi), Tubinga 1829, pag. 92, nega in generale l'esistenza di eccezioni alle pene dei celibi e degli orbi, per la ragione che SOZOMENO anche in altri punti riferisce inesattamente il diritto delle leggi Giulia e Papia. Questa inesattezza di SOZOMENO è stata riconosciuta anche dall'EINECCIO, loc. cit. pag. 340, ma quell'autore non è più dopo la scoperta dei Frammenti vaticani, dei quali il BAUMEISTER non si occupa, la nostra fonte principale per il diritto delle *exceptae personae*. Non si può neppure poi confondere col diritto della *solidi capacitas* il *ius antiquum in caducis*; questo è un diritto più alto ed è limitato soltanto agli ascendenti e ai discendenti fino al terzo grado. V. RUDORFF, *Ueber die caducorum vindicatio* (Sulla « caducorum vindicatio ») nella *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica), vol. VI, pag. 402 e nota 4 ivi. Cfr. pure sopra pag. 348 seg.

[2 a]) ULPIANO, XVI, 1. Sul caso di assenza del marito, nel quale vi era una *vocatio legis* per ambo i coniugi, vedi EINECCIO, loc. cit. capitolo XVIII, in particolare a pag. 318 seg.

[3]) Conf. SVETONIO, *Vita Octavii*, cap. 34 ; DIONE CASSIO, *Historia romana*, lib. LIV c. 16; L. 16, 17 D. *de sponsal.* 23, 1, L. 4 D. *de ritu nuptiarum*, 23, 2. EINECCIO, loc. cit. lib. II, c. 5, § 1, 2. Suol farsi anche una eccezione più generale per tutti gli impuberi, ma questa non è provata.

[4]) ULPIANO, FRAGM., tit. XIV.

giorni dalla delazione dell'eredità adempie alla prescrizione di legge è capace come se lo fosse sempre stato [5]). Queste sono le eccezioni alla disposizione di legge che si possono provare con precisione; notiamo inoltre, ma solo di passaggio, che spesso i rescritti imperiali concessero esonerazioni dalla legge sotto la forma di concessione ai privilegiati del *ius liberorum* [6]).

2.º La legge Giunia Norbana emanata probabilmente sotto Tiberio nell'anno 772 dalla fondazione di Roma stabilì che quando le manomissioni fatte da un cittadino romano non potessero per i principii giuridici dominanti essere ritenute valide ed efficaci, tuttavia esse non dovessero rimanere senza alcun valore e concesse perciò ai manomessi il diritto della latinità [7]), quindi anche

---

5) Ulpiano, XVII, 1 parla espressamente soltanto del celibe (*verbi gratia si... intra dies centum... coelebs legi paruerit*) e probabilmente di questo solo parlava anche la legge. Vedi anche Ulpiano, XXII, 6, dove, dopo aver fatto cenno del diritto analogo del Latino Juniano, aggiunge: « *idem iuris est in persona coelibis propter legem Juliam* ». La legge Giulia minacciava soltanto le pene del celibato, non quelle dell'orbità, e si può benissimo affermare che le *vacationes* dell'una legge si estendevano all'altra, come appunto era il caso per le disposizioni sulle *exceptae personae*. Anche lo Schulting lo ammette nelle sue note ad Ulpiano, XVII, 1, nota 6, ma egli cerca di giustificare così la sua opinione « *non pertinuisse Catonianam regulam ad hasce aliasque novas leges* », opinione questa che dimostra la mancanza di un concetto chiaro dei principii giuridici qui applicabili.

6) Ulpiano, XVI, 1: « si ius liberorum a principe impetraverint ». Vedi specialmente Cuiacio e Schulting, *Notae ad Ulp.* Note 12-14, in *Iurisprudentia anteiust.* p. 612. Perciò gl'imperatori Onorio e Teodosio dicono nella legge colla quale aboliscono completamente la *lex Julia et Papia*: « Nemo posthac a nobis jus liberorum petat, quod simul hac lege omnibus concedimus. »

7) Dosithei magistri Disp. de manumissionib. § 6. ediz. Fr. Schilling e Böcking. « — Fiunt Latini Juniani, quoniam lex Junia, quae libertatem eis dedit, exaequavit eos Latinis colonariis, qui, cum essent cives Romani, nomen suum in coloniam dederant ». Gaio, I, 22, III, 56, dove fa una diffusa trattazione sull'origine di questa Latinità: i libertini, che ora si chiamano Latini Juniani, egli dice, erano una volta *servi*, che il pretore tutelava però nello stato di libertà di fatto, per la legge Giunia Norbana ora sono divenuti liberi, ma non *cives*, ed hanno soltanto il diritto della Latinità che spetta agli inviati nelle colonie, e neppure questo completamente, onde son detti Latini Juniani. Confr. Ulpiano, *de libertis*, § 5, 10.

il *commercium* [8]) col limite però della mancanza della testamentifazione attiva, mentre la passiva era concessa benchè a sua volta essa pure limitata [9]), principale fra i limiti questo, che il *ius capiendi* dipendesse dall'acquisto della cittadinanza entro 100 giorni al più dalla delazione dell'eredità.

ULPIANI *Fragm.* Tit. XX, § 14. « Latinus Junianus — — — testamentum facere non potest, — — quoniam nominatim lege Junia prohibitus est. » — Tit. XXII, § 3: « Latinus Junianus, siquidem mortis testatoris tempore vel intra diem cretionis [10]) civis Romanus sit, heres esse potest [11]); quod si Latinus manserit, lege Junia capere hereditatem prohibetur ».

Questo contrapposto fra la così detta testamentifazione passiva e la capacità è espresso così in un altro passo di questi frammenti, XVII, 1:

« Quod quis sibi testamento relictum ita ut iure civili capere possit, aliqua ex causa non ceperit, caducum appellatur — —, verbi gratia, si — Latino Juniano legatum fuerit, nec intra dies centum — — Latinus ius Quiritium consecutus sit » [12]).

Propriamente dunque *iure civili* il latino dovrebbe anche potere ricevere ciò che gli è stato lasciato per disposizione di ultima vo-

---

[8]) ULPIANI, *Fragm.* Tit. XIX, § 4. « Mancipatio locum habet, inter cives Romanos et Latinos Colonarios, *Latinosque Junianos*, eosque peregrinos, *quibus commercium datum est* ».

[9]) Vedi ULPIANO, *Fragm.* Tit. XI, § 16. — « Latinus *habet* quidem *testamenti factionem*, *sed* tamen *tutor dari non potest*, id enim Lex Junia prohibet ».

[10]) Cioè, dentro i cento giorni. Vedi su ciò ULPIANO, XVII, 1 e SCHULTING, ivi, nota 5.

[11]) Egli ha dunque la testamentifazione e può essere rogato testimone in un testamento: « Latinus Junianus et familiae emtor et testis et libripens fieri potest, *quoniam cum eo testamenti factio est* ». ULP. *Fr.* Titolo XX, § 8.

[12]) Il resultato più importante dei limiti della capacità di succedere e di *capere* del Latino è così esposto da GAIO I, 23: « Non tamen illis permittit lex Junia, nec ipsis testamentum facere, *nec ex testamento alieno capere, nec tutores testamento dari* ». Nel primo riguardo è limitata soltanto la sua *capacitas capiendi*, nel secondo anche la testamentifazione passiva.

lontà, perchè egli ha il *commercium* e quindi la capacità di succedere, la legge Giunia però limita questa capacità [13]).

Appartengono al nostro argomento anche i casi di indegnità, i casi cioè nei quali per determinati motivi ad un subietto capace di ereditare per legge o per testamento viene tolto ciò che appunto per legge o per testamento egli potrebbe ricevere. Il più spesso questi sono motivi che mettono in cattiva luce il senso morale dell'erede o dell'onorato, ma la legge e la pratica considerano come casi d'indegnità anche motivi nei quali questo fenomeno non appare [14]). Per noi basta dire che anche nei casi *precedenti* si tratta di un individuo il quale sarebbe capace di succedere, ma è escluso dalla successione; anche di questo si dice *capere non potest,* come viceversa si dice *capere potest* a riguardo di colui pel quale un dato fatto non costituisce motivo di indegnità [15]).

Se veniamo ora ad esaminare i casi fin qui esposti troviamo in essi ben netto il contrapposto fra capacità testamentaria e capacità di acquisto, e vediamo anzi che quest'ultima è indicata con un'espressione tecnica evidentemente appartenente alla legge, *capacitas* o *capere posse.* Questo ci porta a tener distinti nettamente i due concetti anche riguardo alla questione circa il momento in cui la capacità deve esistere. Se basta che la capacità di succedere o testamentifazione passiva esista al momento della confezione del testamento e a quello della delazione dell'eredità, mentre non nuoce una incapacità nel tempo intermedio, dove la capacità di succedere esista e si tratti soltanto della capacità di acquistare,

---

[13]) Confr. Vangerow, *Ueber die Latini Juniani* (Sui Latini Juniani), Marburg 1833, § 23, pag. 110-113.

[14]) Vedi per es. L. 3 Dig. *de his quae in test. del.* 28, 5. Confr. sopra pag. 377 seg. L. 2 § 1, L. 9 pr. Dig. *de his quae ut ind. auf.* 34, 9.

[15]) Vedi L. 128 D. *de legatis* I, 30; L. 2 § 2. Dig. *de his quae ut ind. auf.* 34, 9. Vedi sopra pag. 235 nota 71, dove si trovano anche addotti gli argomenti che provano che la legge Giulia e Papia deve ritenersi la vera e propria fonte dell'indegnità. Ciò è provato direttamente da Ulpiano, XIX, 17: « .... *ereptorium ex lege Papia Poppaea* ». Confr. Hugo, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), pag. 762, nota 2, 11ª edizione.

questa può richiedersi soltanto al momento della delazione del diritto, cioè al momento nel quale l'acquisto di essa è possibile, non è necessaria invece al tempo della confezione del testamento. Ciò è una conseguenza logicamente necessaria che non avrebbe dovuto mai essere oggetto di dubbio ed essa è confermata evidentemente anche dalla dichiarazione di TERENZIO CLEMENTE nel III libro del suo *Commentario* della legge Giulia e Papia. *Non oportet prius de condicione cuiusquam quaeri quam hereditas legatumre ad eum pertineat* [16]). Ciò anzi è sottinteso in tutte le applicazioni di questo *ius capiendi* e non si potrebbe trovare un solo testo nel quale fosse detto che i limiti stabiliti dalla legge riguardo alla capacità di acquisto debbano esser rispettati anche nella confezione del testamento, o per lo meno alcuno che da ciò faccia dipendere l'acquisto dell'onorato; ed è ciò che qui ci importa [17]). Soltanto questa singolarità è notevole, che pei celibi e pei latini Iuniani bastava che essi adempiessero alla prescrizione della legge entro i 100 giorni dalla delazione dell'eredità, mentre invece per gli orbi può farsi la questione se bastasse che essi avessero avuto un figlio dentro i 100 giorni per ottenere la *solidi capacitas* (vedi sopra nota 5). Ma in qualunque modo si possa risolvere questa questione non può esser dubbio che un orbo può validamente essere istituito e solo al momento della delazione può nascere la questione se egli

---

[16]) L. 52 Dig. *de legatis*, II, 31. L'EINECCIO nel suo Commentario *ad legem Juliam et Papiam Poppaeam*, Lib. I, cap. 5, pag. 86, nota *d*, e lib. II, c. 9, § 1, 2, pag. 216, 221, ritiene con ragione che il giureconsulto romano parlasse qui del diritto di una latina, ma ciò non esclude che la regola da lui espressa abbia un significato generale.

[17]) Nella L. 10 § 1 D. *de his quae ut ind.* 34, 9, che è pure tratta da un Commentario alla *lex Julia*, GAIO dice che se alcuno abbia assunto l'incarico di restituire un'eredità a persona *qui capere possit*, ma alla delazione della eredità il fedecommessario appaia essere incapace, l'eredità resta all'erede; se invece il fedecommessario sia sempre stato incapace o la restituzione sia promessa pel caso di incapacità, questo sia un atto in *fraudem legis* in conseguenza del quale l'eredità va all'erario. Non occorre osservare che questo testo non contradice punto a quanto è detto sopra, anzi esso contiene piuttosto un riconoscimento indiretto della regola che per il *capere posse* o *non posse* è decisivo il momento della delazione.

possa acquistare per intero l'eredità, ciò che certamente non avveniva se egli non avesse avuto alcun figlio. Qui si ha una differenza in parte analoga a quella fra ciò che si considera come non scritto e va agli eredi intestati o all'onerato e ciò che, per regola almeno, va all'erario come caduco; la disposizione della prima specie è invalida fin da principio ed equivale alla disposizione invalida per mancanza della vera capacità di succedere; nella seconda ipotesi invece è presupposta una disposizione valida, che non si può annullare prima della morte del testatore, alla cui efficacia però si oppongono degli ostacoli [18]).

Per quanto importante sia la differenza fra la così detta testamentifazione passiva e la capacità, specialmente pel diritto romano e per la sua interpretazione, i moderni le hanno sempre dato poca importanza. Lo stesso principio espresso da Terenzio Clemente nella L. 52 Dig. *de legatis,* II, 31 non è riferito dalla Glossa ad una condizione diversa dalla testamentifazione passiva, essa lo riferisce piuttosto ad una eventuale capacità passeggiera fra il momento della confezione del testamento e la morte del testatore e ritiene che tale incapacità non debba esser tenuta in considerazione e quindi si debba proporre la questione di incapacità soltanto al momento della delazione [19]). Gli scrittori posteriori ammisero che il giureconsulto potesse aver detto qualche cosa di diverso e si formò in base a ciò una regola processuale, la quale contiene qualche cosa di vero, ma si trova meno vicina al senso originale del testo della stessa spiegazione della Glossa. La regola è che sulla capacità personale non debba farsi una lite speciale, ma soltanto debba trattarsene in connessione colla cosa principale, o, come si esprime Bartolo nella *summa* della Glossa, *non debet de habilitate personae disputari separatim ab alia lite.* Quando in seguito venne la trattazione storica del diritto romano la differenza tra capacità e testamentifazione passiva doveva richiamare

---

[18]) L. 2, 3, 4, 5 D. *de his quae pro non scriptis habentur* (XXXIV, 8). V. Ulpiani *Fragm.* Tit. XVII, § 1.

[19]) *Glossa Accursii* pertinent ad L. 52 D. *de leg. II.*

di più l'attenzione degli interpreti. Si può anzi dire che nessun giurista serio dal CUIACIO sino ad EINECCIO l'abbia trascurata, spesso anzi si trova il lamento perchè una distinzione così importante non sia da alcuno tenuta in giusta considerazione, e non solo la citata L. 62 pr. D. h. t. e la L. 52 Dig. *de legatis*, II, 31, ma anche altri testi che più facilmente avrebbero potuto essere fraintesi, per esempio, la L. 22 D. *de mortis causa donationibus*, 39,6 e la L. 87. D. *de legatis*, III, 32, sono spiegate da questo punto di vista [20]). Tuttavia ancora non si può dire che fosse dominante un concetto giusto circa il significato proprio di questa distinzione. Spesso si era ancora vittima del pregiudizio che ogni limitazione della capacità di acquistare per testamento fosse anche una limitazione della testamentifazione passiva e perciò si trattava il diritto dei celibi, degli orbi e dei latini Iuniani anche in questo riguardo come qualche cosa di singolare, come semplice eccezione alla regola che la capacità deve esistere al tempo della confezione del testamento. Così anche lo stesso CUIACIO, lo SCHULTING, l'EINECCIO ed altri [21]). I così detti pratici in particolare non fanno menzione di questa differenza: nei Trattati e nei Manuali di diritto romano però di solito è esposto un concetto più largo della tesamentifazione passiva coll'osservazione che essa deve esistere tanto al momento della confezione del testamento quanto al tempo della delazione e dell'acquisto, poi è esposta la distinzione fra incapacità assoluta e incapacità relativa e infine sono esposte le singole limitazioni senza che gli autori prendano neppure cura di notare che a parecchie di esse non sono applicabili i concetti comuni. Una tale inconseguenza appare sopratutto nei

---

[20]) Vedi *Thom.* PAPILLONIUS, *de subst. pupillari*, Cap. IV, in OTTONE, *Thes. jur. Rom.* T. IV, p. 723. *Franc.* RAMOS *del* MANZANO, *Comment. ad L. Jul. et Pap.* Reliquat. XXXIII § 4 seg. in MEERMAN, *thes. jur. civ. et can.* p. 498 sq. *R. J.* POTHIER, *Pand. Justin. de leg. et fideic.* Nr. CCCLXXXIII, (T. II, p. 350).

[21]) Vedi per es. CHIESI, *Interpretationes iuris*, I, cap. 1 nella *Iurispr. Romana et attica*, II, p. 5 seg., dove interpreta la L. 62 pr. D. h. t. da questo punto di vista. Vedi sopra pag. 411 seg.

libri di storia del diritto, per esempio, in quello dello SCHWEPPE dove i celibi e gli orbi sono dichiarati incapaci di succedere per motivi politici [22]). Soltanto le limitazioni della capacità di acquisto per indegnità non sono considerate fra i motivi di incapacità e quindi non si considerano neppure come eccezioni alla regola Catoniana nel significato attribuito normalmente a questa. Qui non vi è un vero equivoco nei concetti o per dir meglio riguardo alla maggior parte dei casi d'indegnità non era possibile ammettere che questa dovesse esistere al tempo della confezione del testamento, per la qual cosa anche spesso si trova disconosciuta la parentela fra questi casi di limitazione della capacità di succedere e quelli dei celibi e degli orbi [23]).

Fra i moderni fu primo il MÜLLER a richiamare nuovamente l'attenzione sulla distinzione dimenticata fra testamentifazione passiva e *capere posse* [24]); concordano con lui quasi tutti gli scrittori posteriori, quali lo ZIMMERN nella sua recensione dello scritto del

[22]) SCHWEPPE, *Roemische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto e antichità giuridiche romane) 3ª edizione edita dal GRÜNDLER, Gottinga 1832, § 444.

[23]) Così il HASSE, *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), Vol. III, pag. 413, il quale, probabilmente, avendo solo dagli scritti moderni da lui citati appreso la distinzione fra testamentifazione e *capere posse*, ritiene che il *capere non posse* nell'indegnità avesse un significato diverso che nell'incapacità della legge Papia. Le origini di queste due incapacità sono certamente ben diverse e gli effetti non sono gli stessi; già in un' altra occasione però fu osservato che fra questi due concetti vi è identità sostanziale (vedi sopra pag. 234, nota 71), in ambo i casi ne è limitata la capacità di acquisto pur esistendo la testamentifazione, di regola in ambedue l' erario o il fisco entra nel luogo del mancante, e ambedue infine derivano dalla stessa fonte legislativa. L'osservazione del HASSE dipende dunque dalla circostanza che di solito le limitazioni pei celibi, ecc. si enunciavano a proposito della capacità testamentaria, i casi d'indegnità invece non si riferivano a quel punto. In un sistema moderno del diritto ereditario simili inconseguenze si evitano in primo luogo col distinguere fra capacità di essere istituito (testamentifazione passiva) e capacità di acquistare, e col riferire sotto questa ultima rubrica prima le disposizioni della legge Giulia e Papia a riguardo dei celibi e degli orbi, poi quelle sull'indegnità. Vedi G. Federico HUNGER, *Das Roemische Erbrecht* (Il diritto ereditario romano), Erlangen 1834, § 74-76.

[24]) *Ueber die Natur der Schenkung auf den Todesfall* (Sulla natura della donazione a causa di morte), Giessen 1827, pag. 82-92.

MÜLLER[25]), e lo SCHROETER[26]), il quale però non vuole riconoscere appunto la differenza fondamentale fra i due concetti, per cui la *capacitas* deve esistere soltanto nel momento della morte o alla delazione del diritto di successione, infine l'ARNDTS[27]) e il VANGEROW[28]). Questa distinzione però non deve considerarsi, come alcuni mostrano di credere, cosa inaudita presso i moderni, anzi, come spesso accade in tali casi, si è anche andati troppo in là per questa via, e se ne sono fatte applicazioni che in parte non concordano col senso originario delle nostre fonti, e meno ancora si adattano ai principii del diritto nuovo.

1.º Non è perciò da accogliere l'opinione secondo la quale le espressioni *ius capiendi, capere posse* o *non posse* e simili si debbono sempre intendere nel senso della legge Giulia e Papia o Giunia Norbana. Dove si parla d'indegnità o del diritto del fisco ciò vale indubbiamente anche pel diritto nuovo; soltanto i numerosi testi che si riferivano in origine alla pena del celibato e dell'orbità o al diritto particolare dei latini debbono essere trattati con molta cautela. Non è difficile scoprire quell'originario riferimento e interpretare i testi da tale punto di vista; una interpretazione semplicemente storica dà anche sempre una certa soddisfazione dell'intelletto, perchè essa produce facilità, chiarezza e connessione in dottrine che altrimenti sembrano apparire arbitrarie, contradditorie e frammentarie. Ma già l'imperatore COSTANTINO aveva abolito in generale la pena del celibato e dell'orbità[29]), TEODOSIO II poi l'abolì anche riguardo ai coniugi[30]),

---

[25]) Nella *Kritische Zeitschrift, ecc.* (Rivista critica di giurisprudenza) di Tubinga, Vol. III, pag. 240.

[26]) *Ueber die mortis causa donatio* (Sulla *donatio mortis causa*) nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile) edita da LINDE, MAREZOLL e WENING-INGENHEIM, Vol. II, pag. 120 seg.

[27]) *Ueber die Catonianische Regel* (Sulla regola Catoniana) nel *Rhein. Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), Vol. V, pag. 212 seg.

[28]) *Ueber die Latini Juniani* (Sui Latini Juniani), § 23, pag. 112 seg.

[29]) L. un. Th. Cod. *de infirm. poenis coel. et orbitatis*, 8, 16. Questa legge è riprodotta nella L. 1 Cod. Just. *de infirm. poenis coel.* 8, 58, tralasciando però l'ultima parte, nella quale l'antico diritto era mantenuto in vigore pei coniugi.

[30]) L. 2 Th. Cod. *de iure lib.* 8, 17 — L. 2 Iust. Cod. *de inf. poenis coel.* 8, 58,

infine Giustiniano abolì anche il diritto della latinità [31]). Le leggi di abolizione esistevano adunque in parte e valevano come diritto pratico già da secoli prima della compilazione giustinianea. Non si deve dunque ammettere facilmente che questi testi siano stati accolti spensieratamente e che non abbiano più alcun significato pratico, dobbiamo anzi partire dal concetto che essi siano stati accolti per scopi pratici, come tanti altri principii di diritto, i quali hanno perso il loro significato originario eppure hanno sempre applicazione pratica [32]). Quando a colui, che per mancanza del pieno *ius capiendi* non può ricevere tutto in base a un testamento, sia concessa la *solidi capacitas* sotto certe condizioni, questa disposizione si deve applicare senza esitanza alle limitazioni quantitative della successione del diritto nuovo nonostante che gli autori del testo alludessero originariamente soltanto alla mancanza della *solidi capacitas* secondo la legge Giulia e Papia [33]); lo stesso trattamento subisce la regola espressa da Terenzio Clemente nel IV libro del Commento alla legge Giulia e Papia: *non oportet prius de condicione cuiusquam quaeri quam hereditas legatumve ad eum pertineat* [34]). Non deve neppure essere dimenticato che talvolta l'espressione *capere posse* è presa appunto nel senso di testamentifazione passiva: così nel § 4 I. *de her. qual. et. diff.* è detto:

« Testamenti autem factionem non solum is habere videtur, qui testamentum facere potest, sed etiam, *qui ex alieno testamento — — capere potest* » [35]).

---

[31]) L. un. Cod. *de latina lib. toll.* 7, 6.

[32]) L. 26, 27 Dig. *de legibus*, 1, 3. « *Non est novum, ut priores leges ad posteriores trahantur* ». — Confr. Savigny, *Ueber die lex Cincia* (Sulla legge Cincia) nella *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft* (Rivista della giurisprudenza storica), Vol. IV, pag. 42 seg. e il mio *Lehrbuch des Pandectenrechts* (Trattato del diritto delle Pandette), § 67.

[33]) Vedi in particolare la L. 72 D. h. t. L. 42 Dig. *de legatis*, II, 31.

[34]) L. 52 Dig. *de legatis*, II, 31.

[35]) Ciò che precede è tratto come la L. 49 § 1 Dig. h. t. dalle Istituzioni di Fiorentino, e probabilmente lo stesso è da dirsi anche di queste parole; però non occorre che qui ce ne occupiamo. Anche Gaio, II, 110 usa già quest'espressione.

Questo prova che non si doveva dare una soverchia importanza alle parole, almeno nelle fonti del diritto nuovo. Se si può provare che l'autore di un testo abbia usato tale espressione con riguardo soltanto alla capacità della legge Giulia, si deve anche ammettere che anche oggi l'espressione deve riferirsi alla semplice capacità di acquisto contrapposta alla testamentifazione, ma l'uso delle nuove fonti deve anche servire a giustificare una interpretazione che offra un risultato pratico significante, massime quando per questa via possono essere evitate le limitazioni della capacità di succedere dovute al semplice diritto positivo senza urtare contro principii assodati del diritto vigente [36]).

Un esempio mostrerà come sia necessario talvolta, per poter costituire dei principii di diritto sicuri e praticamente applicabili, intendere le parole *capere posse* non più nel loro senso originario, ma in quello di testamentifazione passiva. Come è noto si disputa se basti che il donatario *mortis causa* sia capace soltanto al momento della morte del donante. Coloro che rispondono affermativamente [37]) si fondano principalmente sopra un testo del libro I delle *Questioni* di Africano dove è detto:

« In mortis causa donationibus non tempus donationis sed mortis intuendum est, an quis capere possit » [38]).

Ma è detto anche altrove *ad exemplum legatorum mortis causa donationes revocatae sunt* [39]) e in altri testi è riconosciuto che soltanto colui che è capace di ricevere un legato può acquistare per dona-

---

36) A titolo di esempio richiamo qui la spiegazione già data sopra della L. 62 pr. D. h. t.

37) È ciò che avviene di solito; fra i moderni però soltanto per parte di quelli che non distinguono la testamentifazione dalla capacità. Infatti quando il Thibaut, che segue pure quest'opinione, invoca nelle sue *Pandette*, II, § 567, n. D, nota y, 8ª ediz., l'autorità dello Schroeter, *Diss. cit.* nella *Zeitschrift* (Rivista di diritto e procedura civile del Linde), volume II, pag. 120-122, egli dimentica che lo Schroeter parla soltanto della capacità. Vedi ivi pag. 119.

38) L. 22 D. *de mortis causa don.* 39, 6.

39) L. 15 in f. D. *de mort. c. don.* 39, 6.

zione a causa di morte [40]). Una conciliazione dei due testi nel senso che si ammetta che pei legati occorra soltanto la capacità al momento della morte del testatore [41]) sarebbe troppo arbitraria e, comunque si immagini il significato pratico della regola catoniana, contraria evidentemente a tutti i principii di diritti ammessi dai giureconsulti classici [42]). Qui è fondamentale l'osservazione che Africano parlava soltanto di capacità nel senso delle leggi Papia e Giunia Norbana e che per conseguenza dalle sue parole non segue che il donatario non dovesse avere anche la capacità nel momento della donazione [43]). In una parola è chiaro che fu ammesso che le disposizioni sull'incapacità del legatario dovessero valere anche pel donatario a causa di morte e perciò il significato di quelle parole non poteva essere che non importasse l'esistenza della testamentifazione, vale a dire la capacità al momento in cui la donazione a causa di morte si compieva. Difficilmente anche si potrebbe riconoscere il motivo di una simile espressione e delle controversie che probabilmente avevan luogo intorno ad essa fra i giureconsulti romani. In origine si era ben lontani dal considerare le donazioni a causa di morte come disposizioni di ultima volontà, anche perchè in origine la realizzazione di esse doveva aver luogo durante la vita del donante [44]). Perciò il momento della conclusione della donazione era quello decisivo. Ma nella revocabilità della donazione e nella possibile sospen-

---

[40]) L. 9 D. *de mort. c. don.* L. 35 pr. *eod.* (Paulus, *Lib. VI ad Leg. Jul. et Pap.*), L. 37 pr. *eod.* (Ulp. *Lib. XV ad Leg. Jul. et Pap.* « Illud generaliter meminisse oportebit, donationes mortis causa factas legatis comparatas; quodcumque igitur in legatis iuris est, id in mortis causa donationibus erit accipiendum »).

[41]) Vedi la Glossa di Accursio *sed mortis*, verb. *sed non placet*, ecc. Altri tentativi di conciliazione passo sotto silenzio perchè sono parimente arbitrari e d'altronde non interessano propriamente il nostro argomento.

[42]) L. 59 in f. D. *h. t.* L. 1 pr. *de reg. Cat.* XXXIV, 7.

[43]) Mueller, *Ueber die Natur der Schenkung*, ecc. (Sulla natura della donazione a causa di morte), § 31, pag. 82 seg.; Hasse, *Museo Renano di giurisprudenza*, III, pag. 413; Vangerow, *Latini Juniani*, pag. 181 seg.

[44]) Confr. Hasse, *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), Vol. II, pag. 317 seg. n. 6, 7.

sione dell' adempimento sino alla morte del donante, pei quali caratteri simili donazioni si avvicinavano molto in sostanza ai legati [45]), era un mezzo di facile applicazione per frodare le leggi sulla capacità degli eredi o dei legatari. È perciò che le disposizioni di queste leggi furono estese anche alle donazioni per causa di morte [46]) e così era pienamente logica la dichiarazione di AFRICANO che per la questione sulla capacità o meno del donatario fosse decisivo soltanto il tempo della delazione, non quello della fatta donazione. Ma i compilatori hanno dunque accolto questi e tanti altri testi sulla capacità del donatario a causa di morte soltanto come memorie storiche? Dovremo dunque noi contentarci di riconoscere il significato originario di queste dichiarazioni delle fonti, considerandole come puro materiale storico, oppure dovremo piuttosto affaticarci per trovare un senso adatto al significato delle parole, ma anche tale che quei testi appaiano avere un valore per il diritto nuovo e si spieghi quindi il loro accoglimento nella compilazione? Quest' ultima alternativa non mi pare dubbia e perciò noi dobbiamo fare un tentativo di spiegare quei testi da questo punto di vista.

I giureconsulti romani limitavano per motivi facilmente comprensibili le loro trattazioni alla capacità. S' intendeva infatti facilmente da sè che il donatario dovesse avere il *commercium* al momento del compimento della donazione; quando pertanto si diceva

---

[45]) Di opinione diversa è lo SCHROETER, *Diss.* cit. nella *Zeitschrift* (Rivista di diritto e procedura civile), Vol. II, pag. 107 seg. Vedi però HASSE, *Rhein. Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), III, pag. 405 seg.

[46]) Questo non era soltanto un portato della pratica, ma era stato emanato in proposito un senatusconsulto. L. 35 pr. D. *de mortis causa donat.* 39, 6: (PAULUS *lib. VI ad leg. Jul. et Pap.* « Senatus censuit, placere mortis causa donationes factas in eos, quos lex prohibet capere, in eadem causa haberi, in qua essent, quae testamento his legata essent, quibus capere per legem non liceret ». Confr. RAMOS DEL MANZANO, *ad legem Juliam et Papiam*, lib. IV, reliq. 33 § 7 nel *Thesaurus* del MEERMANN, T. V, pag. 498 B. seg. Lo SCHROETER, *loc. cit.* pag. 125-27, ritiene che questo senatusconsulto fosse tutt'uno col Pegasiano sui fedecommessi universali e ne adduce le ragioni. Confr. anche HASSE, *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), III, pag. 401.

che egli doveva essere anche capace come un legatario, si potevano dire stabiliti con precisione tutti i requisiti voluti per il diritto pratico di quel tempo, perchè s'intendeva parimente che non fosse capace colui che al momento della delazione non avesse anche la testamentifazione. Ma quei dubbi sulla parificazione subiettiva del donatario a causa di morte e del legatario si possono anche intendere in un senso forse più ampio, in maniera che quei testi che trattano in origine della semplice *capacitas* abbiano un significato anche pel diritto nuovo. La questione può essere proposta anche così: nella donazione a causa di morte è prevalente il concetto di donazione o quello di disposizione di ultima volontà? Nella prima ipotesi tutto deve decidersi secondo il tempo in cui la donazione avvenne, il diritto adunque si può considerare acquistato pel donatario fin da quel momento e sebbene l'acquisto sia revocabile, la capacità di lui non può determinarsi secondo il tempo nel quale la donazione è divenuta irrevocabile, ma secondo il momento in cui avvenne il primo acquisto. Nella seconda ipotesi invece il donatario acquista il diritto soltanto alla morte del testatore e quindi deve essere capace in quel momento. Che questo sia il punto di vista dal quale partono i nostri testi è cosa che si deve ammettere come certa secondo le citate disposizioni del diritto delle Pandette; ogni dubbio su questo punto è stato escluso dalla Costituzione emanata da GIUSTINIANO sulla natura giuridica della donazione a causa di morte [47]). Perciò il requisito della testamentifazione passiva al tempo del testamento e al tempo della morte del testatore si può, come già sopra fu osservato, esprimere anche nel modo seguente: l'onorato deve essere capace di succedere al tempo in cui è fatta la disposizione a suo favore e deve essere capace di acquistare alla morte del testatore. L'esistenza di tale capacità di acquisto al momento della disposizione

---

[47]) L. ult. Cod. *de don. mortis causa*, 8, 57. Confr. § 1 I. *de donat.* 2, 7. Sebbene in fatto la costituzione non esprima una parificazione completa della *mortis causa donatio* col legato (Confr. SCHROETER, *loc. cit.* pagina 133; HASSE, *Museo Renano*, III, pag. 2, 6 seg.), tuttavia è riconosciuto che nella donazione *mortis causa* predomina il concetto di disposizione di ultima volontà.

non giova, quello che importa si è che la capacità di acquistare esista alla morte del testatore. Così le parole di AFRICANO nella L. 22 Dig. *de mortis causa donat.*, 39, 6, *in mortis causa donationibus non tempus donationis, sed mortis intuendum est an quis capere possit*, acquistano un significato preciso anche pel diritto nuovo senza che si possa argomentare da esse *a contrario* che la capacità di succedere del donatario occorra soltanto alla morte del donante e non anche al momento della donazione. Il requisito della capacità testamentaria nella disposizione può, è vero, essere espresso anche così: l'onorato deve anche essere capace di acquistare e questo concetto anzi è il fondamento della regola catoniana così come essa è espressa [48]) e anche alcuni testi, che riguardano soltanto l'applicazione della legge Giulia e Papia sulla capacità della donazione a causa di morte [49]), possono benissimo intendersi da noi in questo senso generale che chi non è capace di essere onorato di un legato nel testamento non può neppure ricever nulla per donazione a causa di morte. Ma alla lettera AFRICANO non dice se non che la capacità del donatario di acquistare effettivamente (*an capere possit*) si deve determinare secondo il tempo della morte e non secondo quello della donazione, di maniera che non si può dire che vi sia una contradizione fra questo testo e gli altri nei quali è riconosciuta la parificazione del donatario al legatario per la capacità di succedere.

2.° Sarebbe anche un'applicazione dei concetti di testamentifazione e capacità falsa e contraria alle fonti quella per la quale si volesse argomentare nel modo seguente: la testamentifazione è una conseguenza del *commercium* o della capacità civile di commerciare, dove questa esiste e accanto ad essa esistono anche certi limiti della capacità di succedere, questi devono essere trattati secondo i principii che valgono per la *capacitas* e l'esistenza di questa conseguentemente deve richiedersi soltanto al momento della delazione, non al momento della confezione del testamento [50]). Se noi dobbiamo anche

---

[48]) L. 1 pr. Dig. *de reg. Catoniana*, 34, 7.

[49]) Così in ispecie le LL. 9, 35, 36, 37 D. *de mortis causa donat.* 39, 6.

[50]) Per quanto io so, questa cosa precisa non è mai stata detta fin ora, qualche cosa di simile però si legge nello scritto del ROSSHIRT, *Die*

dal punto di vista pratico stare rigorosamente attaccati al concetto che la testamentifazione è *commercium*, questo può esistere in generale e mancare sotto un determinato riguardo, così, per esempio, ai latini Iuniani è concesso il *commercium* e negata la testamenti-

---

Lehre von den Vermaechtnissen nach R. Recht (Teoria dei legati secondo il diritto romano), Parte I, Heidelberg 1835, pag. 76 seg. Egli dice che la distinzione così spesso espressa dai moderni fra mancanza di testamentifazione e incapacità deve essere considerata sotto due punti di vista diversi, lo storico e il dommatico. Dal primo punto di vista, egli dice, debbono ancora distinguersi da un lato gli antichi principii della testamentifazione, pei quali era negata la capacità di acquistare ai peregrini e alle persone incerte, e dall'altro le varie limitazioni imposte alle donne dalla legge Voconia, ai celibi e agli orbi dalla legge Giulia e Papia, ai Latini dalla legge Giunia, infine agli eretici, apostati e simili da disposizioni posteriori, per le quali alcuno non poteva ricevere l'intero, ma solo una parte. Dalle quali cose poi egli desume l'osservazione che « l'antica *testamenti factio* si può distinguere dai singoli casi d'incapacità ». Vero è che nella nota a questo punto è osservato che la cosa non deve intendersi nel senso che la mancanza di *testamenti factio* significhi incapacità assoluta, l'*incapacitas* incapacità condizionata o relativa, e che invece questa distinzione ha un significato puramente storico, avendo l'età posteriore ammesso un concetto generale di incapacità o intestabilità ; ma non si vede perchè anche oggi non si possa contrapporre l'incapacità alla mancanza di testamentifazione, in altre parole perchè non si possa anche oggi distinguere fra casi di limitazione della capacità di succedere e casi di limitazione semplicemente della capacità di acquistare, applicando a questi ultimi casi il diritto della *incapacitas* per ciò che riguarda il momento in cui la capacità si richiede. Si può anzi ammettere con sicurezza che appunto per questa ragione parecchi dei testi riguardanti gli incapaci della legge Giulia e Papia e della legge Giunia Norbana sono stati introdotti nella compilazione. E perciò se le prescrizioni di legge sull'incapacità degli eretici e degli apostati contenevano veramente soltanto un limite della capacità di acquistare e davan luogo quindi a una semplice *incapacitas*, non si comprende perchè questi principii non dovrebbero esser veri anche oggi. Questa supposizione però è tanto inesatta quanto l'analoga, che si è fatta riguardo alla legge Voconia, che questa cioè contenesse soltanto limitazioni della capacità di acquistare e non anche della *testamenti factio;* argomento questo del quale ci occuperemo nella trattazione che segue. — Per ciò che riguarda poi il così detto punto di vista dogmatico o il significato pratico del concetto di incapacità il ROSSHIRT non dice nulla di preciso nè di chiaro, e a nulla servirebbe perciò neppure l'esame più profondo di ciò che a questo riguardo egli dice a pag. 78.

fazione passiva, la quale pure è una conseguenza del *commercium* [51]). Questo ci porta ad esporre qui alcune osservazioni generali sulla capacità di succedere per testamento, dopo le quali soltanto ci sarà possibile passare all'esame delle questioni particolari.

Come è noto, l'incapacità di succedere per testamento o la mancanza di testamentifazione passiva si distingue in assoluta e relativa, cioè incapacità per tutti i riguardi e incapacità per alcuni riguardi soltanto (*secundum quid*), come si dice anche. Incapaci relativamente sono: *a*) i figli delle concubine ai quali il padre non può lasciare nell'esistenza di figli nati da matrimonio o da una moglie legittima più che 1|12 dell'eredità; *b*) la donna colla quale alcuno vive in unione incestuosa e i figli incestuosi e i rispettivi genitori nei loro reciproci rapporti; *c*) il *coniux posterior*, quando a lui sia lasciato dall'altro coniuge più di quello che abbia lasciato al meno favorito dei figli del precedente matrimonio; *d*) il principe, quando sia istituito *litis causa*; *e*) i testimonii non possono essere istituiti eredi nel testamento nel quale sono intervenuti come tali [52]). La indicazione di tutti questi motivi di esclusione o limitazione della capacità colle parole mancanza di testamentifazione passiva è stata nei tempi moderni censurata e dichiarata non romana [53]). Questo rimprovero però è privo di fondamento alla pari dell'altro che non sia stato distinto sufficientemente fra testamentifazione e capa-

---

[51]) Ulpiano, XIX, 4, XX, 14.

[52]) Questa distinzione si trova in quasi tutti gli scrittori, con maggiore o minor completezza però circa i casi della incapacità, così detta, relativa. — Confr. Hellfeld, *Jurisprud. for.* T. II, § 1438. Hofacker, *Principia Jur. Rom. Germ.* T. II, § 1290, Nr. II. Thibaut, *Pandette*, II, § 944, Nr. II. (d. 8 N.). Günther, *Princ. jur. Rom. noviss.* T. II, § 735, Nr. I. B. Schweppe, *Das Roemische Privatrecht* (Il diritto privato romano nella sua applicazione attuale), edito da Mejer, Vol. V, § 788, pag. 47 seg. Hartitzsch, *Das Erbrecht* (La successione ereditaria nel diritto romano e nel diritto moderno), § 26, dove sono nominate anche le comunità israelitiche nel caso di istituzione per parte di un testatore cristiano.

[53]) Vedi Schroeter, *Diss. cit.* nella *Zeitschrift* (Rivista di diritto e procedura civile), II, pag. 119, nota 1.

cità. Anche nelle nostre fonti l'espressione *testamenti factio* è presa talvolta in un senso così generale da abbracciare anche la semplice capacità di acquisto, essa significa dunque, in tali casi, la piena capacità di succedere effettivamente [54]). Quando pertanto nella rubrica *qui heredes institui possunt* si tratta in generale del diritto di essere onorato nel testamento e di acquistare qualche cosa in base ad esso, possiamo benissimo senza temere di disconoscere il *color* romano intendere la frase *heredes institui possunt qui testamenti factionem cum testatore habent* [55]), nel senso che possono essere istituiti eredi tutti coloro che sono capaci in generale o relativamente ad un determinato testatore di ricevere qualcosa per testamento. La congiunzione materiale dei varii motivi d' incapacità giustifica anche questa espressione collettiva di tutti tali motivi di esclusione o di limitazione, ma per lo scopo sistematico è necessario esaminare la cosa da un punto di vista più generale. Perciò nè questo concetto più ampio della testamentifazione può scambiarsi con quello più proprio e ristretto, nè le disposizioni che riguardano soltanto questa, cioè la capacità di succedere per testamento, possono riferirsi alla semplice limitazione della capacità di acquisto o viceversa. Anche per la pratica la limitazione della capacità testamentaria e quella della semplice capacità di acquistare qualche cosa per testamento possono e debbono tenersi distinte senza che occorra per ciò partire dal concetto che questa distinzione equivalga a quella di incapacità assoluta e incapacità relativa [56]). Questo concetto infatti può nascere soltanto in chi non consideri che alcuni casi e su questi formi la regola generale; ma esso è facilmente confutabile sulla base delle fonti stesse e in particolare per ciò che a noi è noto sul diritto dei latini Iuniani del quale occorre che torniamo ora ad occuparci.

---

[54]) Così è indicato in Ulpiano, XVI, 1, un caso nel quale i coniugi hanno fra loro la *solidi capacitas:* « si vir absit... intra annum, postquam abesse desierit, libera inter eos testamenti factio est ».

[55]) Ulpiano, XXII, 1.

[56]) Rosshirt, *Lehre von den Vermaechtnissen* (Teoria dei legati), I, pag. 77 nota 1.

I latini Iuniani non avevano la testamentifazione attiva, la passiva mancava loro soltanto nel senso che non potevano essere nominati tutori e inoltre ad essi mancava il *ius capiendi* qualora nei 100 giorni dalla morte del testatore non avessero ottenuto la cittadinanza [57]). Sulla prima limitazione così si esprime ULPIANO, XI, 16.

« Testamento tutores dari possunt hi, cum quibus testamenti faciendi ius est, praeter Latinum Junianum; nam *Latinus habet quidem testamenti factionem, sed tamen tutor dari non potest: id enim lex Junia prohibet* ».

Qui abbiamo dunque una limitazione della testamentifazione passiva soltanto in alcuni riguardi, cioè una limitazione relativa, eppure qui è decisivo il momento della nomina e non come nel *ius capiendi* quello della morte del testatore, onde è anche detto *tutor dari non potest*. Le particolarità del *ius capiendi* si possono ridurre alle seguenti: *a*) la capacità deve esistere soltanto al momento della delazione del diritto; *b*) per conseguenza alcuno può essere, almeno secondo il significato originario dei testi, istituito sotto la condizione di futura capacità [58]); *c*) l'incapace di ricevere il tutto può tuttavia riceverlo se l'eredità sia insolvente o se egli debba restituire l'eredità ad una persona capace [59]). Queste particolarità non si applicano per la natura stessa delle cose ad alcune delle limitazioni semplicemente relative. Così per la incapacità del principe di essere istituito erede *litis causa* il motivo dell'incapacità stessa, nell'esclusione dei testimoni del testamento il loro

---

57) ULPIANO, XX, 14, XXII, 3, XI, 16.

58) L. 62 pr. D. *h. t.* 28, 5.

59) L. 72 D. *h. t.* (TERENTIUS CLEMENS, Lib. IV ad *Leg. Jul. et Pap.*). « Si quis solidum a lege capere non possit, et ex asse sit institutus ab eo qui solvendo non est: Julianus, ex asse eum heredem esse respondit; legi enim locum non esse in ea hereditate, quae solvendo non est ». — L. 42 D. *de leg. II.* « Cum ei, qui partem capiebat, legatum esset, ut alii restitueret: placuit solidum capere posse ». L. 28 D. *de leg. III.* « Si fidei meae committatur, ut quod mihi relictum fuerit supra quod capere possum, alii restituam: posse me id capere constat ».

rapporto col contenuto di questo richiedono che in ambo i casi sia considerato il tempo della confezione del testamento, nè occorre poi notare che anche la terza e la quarta particolarità del *ius capiendi* non si adattano ad essi. Per gli altri casi di limitazione relativa può dubitarsi se debbano regolarsi secondo le regole del *ius capiendi* o secondo quelle della testamentifazione. Perciò non si deve guardare soltanto al modo come la disposizione limitativa sia espressa, ma principalmente allo scopo di essa, in altre parole importa sopratutto sapere a che cosa questa limitazione tenda ed è questo argomento che deve perciò trattarsi in particolare per ogni singolo motivo. Simile trattazione particolare dovrà farsi poi anche per ciascuno dei casi di limitazione assoluta, nè in generale il fatto di aver mantenuto la classificazione consueta deve ritenersi decisivo per il significato delle singole limitazioni. Ma prima di passare all'esposizione di queste occorre far precedere una trattazione circa la capacità di succedere per testamento delle persone soggette alla potestà altrui.

§ 1437 *a.*

Della capacità di succedere per testamento delle persone soggette alla potestà altrui.

Fino ad ora si è sempre sostenuto che gli schiavi, come tali, non avessero testamentifazione passiva [60]). — Eppure se ciò si deve intendere nel senso che gli schiavi non avessero alcuna capacità di succedere indipendente, ciò è contrario almeno alle espressioni delle fonti. Gaio dice infatti: *sicut autem liberi homines, ita et servi tam nostri quam alieni heredes scribi possunt* [61]). Per potere conoscere bene la vera natura di questa capacità di succedere bisogna distinguere fra i servi del testatore e i servi alieni.

---

[60]) Hellfeld, *jurispr. for.* § 1437.

[61]) Gaio, II, 185. Nelle Istituzioni il testo è riferito così: « Heredes instituere permissum est tam liberos, quam servos, et tam proprios, quam alienos »; pr. I. *h. t.* Ulpiani *Fragm.* Tit. XXII, § 7. *Gr.* Majansius, *disp. de servis heredib. instit.* (P. I, disp. XXXII).

A). Il servo proprio del testatore non poteva in origine essere istituito se non *cum libertate*, vale a dire egli doveva essere dichiarato espressamente libero nel testamento [62]). In caso diverso l'istituzione era nulla ancorchè egli fosse liberato in seguito o passasse nella proprietà di altri, perchè anche in questo secondo caso l'istituzione non valeva come quella di uno schiavo alieno [63]). Vi era però su questo argomento un'opinione discordante che Giustiniano poi accolse in una sua costituzione [64]). L'istituzione dello schiavo proprio del testatore può dunque avvenire anche senza concessione espressa della libertà, perocchè questa si deve

---

[62]) Gaio, II, § 186, 187 (« Sed noster servus simul et liber et heres esse juberi debet, hoc modo : « Stichus servus meus liber heresque esto, » vel: « heres liberque esto ». Nam si sine libertate heres institutus sit, etiamsi postea manumissus fuerit a domino, heres esse non potest, quia institutio in persona eius non constitit »).

[63]) Gaio, *loc. cit.* « ideoque, licet alienatus sit, non potest iussu domini cernere hereditatem ».

[64]) L. penult. (5) C. *de necessariis et servis heredib. inst.* (VI, 27). — Vedi pr. I. *h. t.* (« — hodie vero etiam sine libertate, ex nostra constitutione, heredes eos instituere permissum est. *Quod non per innovationem induximus, sed quoniam et aequius erat, et Atilicino placuisse Paulus suis libris, quos tam ad Masurium Sabinum, quam ad Plautium scripsit, refert* »). È riconosciuta invece ancora espressamente una limitazione appartenente all'antico diritto nel pr. I. h. t. e nella L. 48 § 2 Dig. h. t. 28, 5 : « est autem casus, in quo nec cum libertate utiliter servus *a domino* heres instituitur, ut constitutione Divorum Severi et Antonini cavetur, caius verba haec sunt: servum adulterio maculatum (nei *Digesti* è detto: adulterii accusatum), non iure testamento manomissum ante sententiam ab ea muliere videri, quae rea fuerat eiusdem criminis, rationis est. Quare sequitur, ut in eundem a domina collata institutio nullius momenti habeatur (*Dig.* nihil momenti habeat) ».

Qui si parla di uno schiavo, il quale si era reso colpevole di adulterio colla testatrice e per ciò era sottoposto a inquisizione: l'efficacia dell'istituzione in erede di lui non solo dovea esser sospesa fino all'esito del procedimento penale, ma essere annullata del tutto se l'istituzione non fosse avvenuta dopo la sentenza assolutoria. Vedi Teofilo, ad pr. I. h. t. Maiansio, *Disp. cit.* § 26. — Altre limitazioni erano già state abolite prima, quella per esempio per la quale secondo la opinione di alcuni non vi era istituzione valida quando il testatore diceva: « *Stichus liber esto, et posteaquam liber erit heres esto* ». Confr. L. 9 § 14, L. 51 D. h. t. Vedi Pothier, *Pand. Just.* tit. *de her. inst.* n. XVI, note *h-k*. T. II, p. 196. Confr. pure L. 1 Cod. *de necess. et servis her. inst.* 6, 27.

sottintendere [65]) e non è impedita neppure dal fatto che lo stesso schiavo leghi ad altri [66]) Un legato lasciato allo schiavo senza la libertà non ha invece questo effetto, ma l'erede deve ugualmente pagare il legato allo schiavo [67]). Se lo schiavo è oggetto di un legato e insieme è sostituito all'erede, il legato vale soltanto se non si avvera il caso della sostituzione, altrimenti lo schiavo diviene libero ed erede come se fosse stato sostituito dopo la concessione espressa della libertà [68]). Se è aggiunta una condizione potestativa posta nell' arbitrio dello schiavo essa deve essere adempiuta, altrimenti lo schiavo non è nè libero nè erede: se invece è una condizione indipendente dallo schiavo la concessione di libertà si ritiene sempre efficace anche se la concessione non si avveri; ma lo schiavo non diviene erede in questo caso se non quando l'eredità sia insolvente [69]). Diverso è il caso quando il testatore istituisca il suo schiavo sotto la condizione che divenga libero; simile istituzione non vale perchè manca la certezza e la precisione della volontà, il *certum consilium testatoris* [70]).

Se lo schiavo giustamente istituito rimane schiavo del testatore fino alla morte, egli diviene erede necessario di lui, vale a dire diviene

---

[65]) Meno che mai potrebbe la validità nell'istituzione d'erede esser impedita dal fatto che la concessione di libertà non fosse avvenuta in un testamento, ma in un codicillo. Di ciò si era dubitato, « ne videatur per codicillos hereditas confirmari », onde fu necessaria una decisione di GIUSTINIANO, L. 5 § 1 Cod. *de nec. et servis her. inst.* 6, 27.

[66]) L. 5 pr. in f. C. *de necess. et serv. heredib. inst.* 6, 27. « Neque enim ferendum est, supponere, quosdam esse ita supinos, ut eundem servum et heredem instituant sine libertate, et iterum alii per legatum eundem servum adsignent ». Confr. la GLOSSA di ACCURSIO a questo testo, v. *supinos* e il *casus* ivi.

[67]) L. 5 § 2 C. *de nec. et serv. heredib. instit.* 6, 27.

[68]) L. 5 § 3 C. *eod.* 6, 27.

[69]) L. ult. (6) C. *h. t.* 6, 24.

[70]) L. 21 D. *de condit. inst.* 28, 7 (« Servus alienus ita heres institui potest: *cum liber erit*; proprius autem ita instituti non potest »). L. 22 *eod.* Questa limitazione non fu abolita nè espressamente nè tacitamente dalla costituzione di GIUSTINIANO, perchè il principio *certum consilium debet esse testantis* (ULPIANO, XXII, 4 in f.), dal quale essa dipende, è una condizione indispensabile di ogni disposizione di ultima volontà.

obbligatoriamente erede *ipso iure* [71]); se il testatore lo manomette dipende dalla sua volontà se egli voglia o no divenire erede [72]), se lo aliena la manomissione è per sempre annullata e spetta al nuovo padrone di determinare se egli debba o no accettare l'eredità [73]). Come schiavo proprio del testatore è considerato sotto tutti i riguardi anche quello sul quale altri abbia l'usufrutto, mentre riguardo all'usufruttuario e alla sua capacità di disporne per testamento egli è considerato uno schiavo alieno [74]). Se il testatore istituisce uno schiavo sul quale ha soltanto una quota di comproprietà, importa distinguere se l'istituzione sia fatta *cum libertate* o *sine libertate:* nel primo caso lo schiavo si accresceva secondo il diritto antegiustinianeo al socio del testatore [75]) il quale acquistava per conseguenza il diritto di adire

---

[71]) § 1 I. *h. t.* (« Servus autem a domino suo heres institutos, si quidem in eadem causa manserit, fit ex testamento liber heresque necessarius ») — GAIO, *Inst.* II, § 188. ULPIANI *Fragm.* Tit. XXII, § 11. — Confr. § 1 I. *de hered. qual. et differ.* — Vedi pag. 417, note 25 del volume precedente.

[72]) § 1 I. cit. « si vero a vivo testatore manumissus fuerit, suo arbitro hereditatem adire potest, quia non fit necessarius, cum utrumque (cioè la libertà e l'eredità). Vedi TEOFILO, Parafrasi a questo testo) ex domini testamento non consequitur ». — GAIO, II, 188.

[73]) § 1 I. cit. « quodsi alienatus fuerit, iussu novi domini adire hereditatem debet, et ea ratione per eum dominus fit heres ; nam ipse alienatus neque heres esse potest, etiamsi cum libertate heres institutus fuerit : destitisse etenim a libertatis datione videtur dominus, qui eum alienavit ». GAIO, *loc. cit.* ULPIANO, XXII, 12. Il riacquisto dello schiavo per parte del testatore rinnova anche l'efficacia della prima istituzione. L. 9 § 16 Dig. h. t. « sed si redemptus sit a testatore, institutio valet et necessarius heres erit ».

[74]) Pr. I. *h. t.* « Proprius autem servus etiam is intelligitur, in quo nudam proprietatem testator habet, alio usumfructum habente. — — Alienus servus etiam is intelligitur, in quo usumfructum testator habet ».

[75]) § ult. I. *de donat.* « Erat olim et alius modus civilis acquisitionis per ius accrescendi, quod est tale: si communem servum habens aliquis cum Titio solus libertatem ei imposuit, — — eo casu pars eius amittebatur, et socio accrescebat ». — ULPIANO, *Fragm.* Tit. I, § 18. PAOLO, *Sent. rec.* Lib. IV, Tit. XII. § 1. — *Jo.* CANNEGIETER in notis ad ULPIANI Fragm. (Traj. ad Rh. 1768) ad Tit. I, § 18.

l'eredità per mezzo di esso; nell'altro caso invece, il diritto di accrescimento non poteva aver luogo perchè il testatore non aveva disposto nulla sulla libertà dello schiavo, ma l'istituzione d'erede non era per questo invalida, essa valeva invece come se il testatore avesse istituito uno schiavo alieno. Se era stato nominato un coerede a questo spettava quella parte di proprietà dello schiavo che era spettata al testatore, la parte ereditaria dello schiavo invece spettava soltanto al socio secondo il principio: *communi servo cum legatum sit totum pertinere ad socium, quia in eam personam consistere possit* [76]). Se invece non c'era alcun coerede l'istituzione avrebbe dovuto dichiararsi invalida oppure anche in questo caso il socio doveva ottenere la proprietà solitaria di tutto lo schiavo. Invalida non può esser stata ritenuta perchè altrimenti non avrebbe potuto dirsi *communis servus recte instituitur* [77]); se essa era valida ne conseguiva che il socio doveva acquistare lo schiavo comune insieme coll'eredità alla quale lo schiavo stesso apparteneva. A questo concetto sembra però potersi opporre il principio che mediante uno schiavo ereditario non si può acquistare nè l'eredità nè un oggetto ad essa appartenente [78]),

---

[76]) L. 49, pr. D. *ad leg. Falcid.* (XXXV, 2). — Confr. L. 63 § 9 D. *pro socio* (XVII. 2).

[77]) ULPIANI *Fragm.* Tit. XXII, § 7, n. 10.

[78]) L. 43 D. *de acq. vel. om. her.* (XXIX, 2) (« Heres per servum hereditarium eiusdem hereditatis partem, vel id, quod eiusdem hereditatis sit, adquirere non potest »). — L. 18 D. *de acq. rer. dom.* (XLI, 1) — (« et maxime ipsa hereditas »). L. 1, § 16 D. *de acq. vel. am. poss.* (XLI, 2). — Per ciò anche il legato fatto allo schiavo proprio senza lasciargli la libertà dovea ritenersi nullo (L. 4 Cod. *de legatis*, L. 6, 37); la validità sarebbe stata inconciliabile anche colla regola Catoniana perchè se il testatore fosse morto subito il diritto al legato e l'obbligo di pagarlo si sarebbero riuniti in una stessa persona. — Arg. L. 17 D. *quando dies legati vel fid. cedit.* 36, 2. Confr. B. CHIESI, *de differentiis iuris*, cap. VII, n. 4-8, in *Jurisprudentia Romana et Attica*, T. II, pag. 634. ARNDTS, *Ueber die Catonianische Regel* (Sulla regola Catoniana) nel *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), Vol. V, pag. 223. Qui è anche applicabile la ragione addotta da GAIO, II, 245 (confr. § 33, I. *de legatis* 2, 20), *quia ipse tibi legatum debere non possis*, a proposito del caso analogo in cui uno schiavo alieno sia istituito erede e al suo padrone sia lasciato un legato. Sola differenza fra i due casi è che a questo secondo non si applica la regola Catoniana, « nam (come dice il cit. § 33 delle Istituzioni) et si statim post

e poichè anche un servo comune può essere considerato come servo ereditario e mediante il servo comune l'eredità deve essere acquistata al socio, se si fosse giunti ad un'applicazione logica di questo principio non sarebbe rimasto altro che dichiarare nulla l'intera disposizione. Ma per l'acquisto del socio mediante un servo comune già da lungo tempo si era formata la regola generale *communis servus duorum servorum personam sustinet* [79]) e

---

factum testamentum decesserit testator, non tamen apud eum, qui heres sit dies legati cedere intelligitur, cum hereditas a legato separata sit, et possit per eum servum alius heres effici, si prius, quam iussu domini adeat, in alterius potestatem translatus sit, vel manumissus ipse heres efficiatur, quibus casibus utile est legatum »; vale a dire anche se il testatore morisse subito dopo fatto il testamento, il legato non sarebbe perciò senza effetto, perocchè anche prima dell'acquisto dell'eredità lo schiavo può divenire libero o passare in proprietà di un altro erede; in ciascuno di questi due casi la eredità e il legato sarebbero separati l'una dall'altro; soltanto se il primo rapporto perdura e il legatario diviene erede per organo dello schiavo, anche in questo caso cade il legato e per ciò appunto Gaio dice: « sed si tu per eum heres exstiteris evanescere legatum, quia ipse tibi legatum debere non possis » o, secondo il citato paragrafo delle Istituzioni, « quod si in eadem causa permanserit et iussu legatarii adierit evanescit legatum ». — In breve, non si può nel fatto stesso dell'ordinazione di un simile legato vedere un motivo di nullità, ond'è che alcuni propongono di cancellare il *non* nel seguente testo di Ulpiano, XXIV, 24:

« Ei cuius in potestate, manu, mancipio est heres scriptus legari non potest ».

Vedi Cuiacio, *Observationes*, VI, c. 37; Schulting, nota 62 a questo testo; Arndts, loc. cit. pag. 216, 217. Il Cannegieter, nota ad h. t., ritiene che il testo sia corrotto, ma propone di leggere *a nobis* invece di *non* « legari a nobis potest » ammettendo un' erronea interpretazione dell'abbreviazione *nob.* Ciò sarebbe secondo lui confermato anche dai testi citati di Gaio e delle Istituzioni. Ma perchè non dovrebbe Ulpiano avere avuto di mira il caso in cui nulla fosse mutato, e nel quale il legato era senza dubbio invalido?

79) L. 1 § 4 D. *de stip. serv.* 45, 3. Questo testo è dei Digesti di Giuliano; la regola adunque era ammessa già fin da tempi anteriori ad Ulpiano. Essa è applicata qui al caso che il servo proprio del socio stipuli pel servo comune, cioè concluda un contratto a favore di questo; tale stipulazione non deve valere soltanto per la metà, ma pienamente a favore del solo socio che può per mezzo di questo acquistare: « idcirco, si proprius meus servus communi meo et tuo servo stipulatus fuerit, idem iuris erit in hac una conceptione verborum, quod futurum esset, si separatim duae stipu-

in conseguenza di questa regola il comproprietario acquista per intero il legato che un socio abbia lasciato al servo comune [80]) alla pari di ciò che sia stato lasciato allo schiavo comune di lui e dell'erede [81]). Soltanto quando l'obbligazione di adempiere il legato e il diritto al medesimo vengano a riunirsi nella stessa persona il legato naturalmente non può valere. Questo avviene quando uno dei soci sia stato istituito erede dall'altro e allo schiavo comune sia lasciato incondizionatamente un legato [82]), il quale deve per la regola Catoniana rimanere invalido come quando sia stata legata qualche cosa incondizionatamente allo schiavo nella proprietà solitaria dell'erede [83]). Già da queste premesse appare l'esattezza del concetto sopra esposto sull'istituzione in erede di uno schiavo comune. Ma esso è provato direttamente da una dichiarazione di ULPIANO, la quale soltanto da tali premesse riceve la sua giusta luce. ULPIANO dice:

---

lationes conceptae fuissent, altera in personam mei servi, altera in personam tui servi (questo molto sviluppato argomento vuol dire che l'effetto è lo stesso che se il mio schiavo stipulasse prima per un suo compagno di servitù appartenente a me solo e poi per uno schiavo appartenente a te solo, la seconda stipulazione non vale, la prima sì), neque existimare debemus partem dimidiam tantum mihi adquiri, partem nullius esse momenti: *quia persona servi communis eius conditionis est, ut in eo, quod alter ex dominis potest adquirere, alter non potest, perinde habeatur, ac si eius solius esset, qui adquirendi facultatem habeat* ». Vedi L. 12 D. *de auct. tut.* (XXVII, 8.). — *Barth.* CHESIUS, *de differ. iuris*, Cap. VIII (*jurispr. Rom. et Att.* T. II, p. 635 seg.) dove si trovano anche espresse e spiegate altre applicazioni di questo principio.

80) PAOLO, III, VI, 4 in f. L. 49 pr. Dig. *ad legem Falc.* 35, 2, L. 63 § 2 D. *pro socio* 17, 2.

81) Arg. L. 34 § 11 D. *de leg.* I, 30, L. 11 D. *de opt. leg.* (XXXIII, 5). *Barth.* CHESI, *de differ. jur.* cap. VIII, Nr. 2 e 10.

82) L. 89 D. h. t. Vedi su questo testo la nota 89 infra e il testo ivi.

83) § 32 I. *h. t.* « An servo heredis recte legemus, quaeritur. Et constat, pure inutiliter legari, nec quidquam proficere, si vivo testatore de potestate heredis exierit, *quia quod inutile foret legatum, si statim post factum testamentum decessisset testator, non hoc ideo debet valere, quia diutis testator vixerit;* sub conditione vero recte legatur, ut requiramus, an, quo tempore dies legati cedit, in potestate heredis non sit ». Da GAIO II, 244 apprendiamo che anche su ciò vi era una disputa di scuola. I Proculiani negavano anche in questo caso la validità del legato « quia

« Communis servus cum libertate recte quidem heres instituitur *quasi proprius, pro parte nostra,* sine libertate autem, *quasi alienus, propter socii partem* » [84]).

Dunque, se il testatore ha dichiarato libero lo schiavo comune da lui istituito erede, questa sua dichiarazione ha lo stesso valore di una manumissione da lui fatta in vita, seguìta poi dall'istituzione in erede; lo schiavo non può in tal caso ottenere la libertà, la quota del manomettente si accresce al socio, il quale viene così ad acquistare l'eredità per mezzo dello schiavo. Se invece lo schiavo non fosse stato dichiarato libero, la disposizione testamentaria non sarebbe stata nulla in alcuna parte, in altre parole il testatore coll'istituzione in erede dello schiavo comune non lo avrebbe trattato come uno schiavo appartenente esclusivamente a lui, ma avrebbe fatto semplicemente ciò che avrebbe avuto diritto di fare in riguardo di qualunque schiavo estraneo, e così la disposizione avrebbe potuto mantenersi pienamente in vigore nella persona del servo, considerandosi lo schiavo, in quanto il servo acquista l'eredità per lui, come un servo alieno, non ostante che anch'esso, o meglio la quota di proprietà spettante su di lui al testatore, si acquisti coll'eredità come ogni altro oggetto ereditario [85]).

Come vanno le cose nel diritto giustinianeo? GIUSTINIANO ha abolito il diritto di accrescimento del socio, sul quale riposano, in gran parte almeno, i principii sin qui esposti; lo schiavo deve,

---

quos in potestate habemus eis non magis sub condicione quam pure debere possumus ». L'opinione opposta dei Sabiniani fu accolta da GIUSTINIANO.

[84]) ULPIANO, XXII, 10.

[85]) Per ciò anche uno schiavo comune può essere validamente istituito come erede accanto al socio. Tale istituzione avea lo stesso valore che l'istituzione dello schiavo appartenente esclusivamente al coerede. L. 89 in f. Dig. h. t. Vedi infra nota 89. Confr. anche CUIACIO e SCHULTING al cit. § 10 di ULPIANO nota 28, a' *ad Paulum* III, VI, note 8, 9 dove sono esposti i principii esatti sull'argomento. Una trattazione fondamentale di questa questione o anche soltanto una spiegazione esatta del testo di ULPIANO non si trova qui nè in alcuno degli altri interpreti del frammento di ULPIANO da me consultati. Il CANNEGIETER, *ad Ulp. notae,* la passa del tutto sotto silenzio.

secondo il diritto giustinianeo, esser libero ed il socio deve contentarsi di una congrua indennità [86]). Niun dubbio che lo stesso avvenga anche quando lo schiavo comune sia istituito *cum libertate;* lo schiavo cioè ottiene in tal caso la libertà e l' eredità, il socio deve contentarsi di una indennità. Ma che cosa è da dire quando l'istituzione avvenga senza concessione della libertà? Qui sembra che logicamente debba ammettersi lo stesso, perchè l'istituzione di uno schiavo proprio esclusivo senza concessione espressa della libertà deve secondo una disposizione di GIUSTINIANO considerarsi come istituzione *cum libertate.* Tuttavia vi sono argomenti prevalenti per l'opinione opposta. In primo luogo è fuor di dubbio che l'abolizione del diritto di accrescimento è una disposizione di legge non soltanto correttoria, ma anche singolare, perchè il socio deve per essa perdere il suo diritto di proprietà contro il suo volere. La regola dell'interpretazione restrittiva di simili leggi esclude dunque l'applicazione ad altri casi che quelli determinati letteralmente, nè qui certamente si può sostenere d'altro canto che vi sia parità di ragione. Certo, la congettura che il testatore volesse attribuire allo schiavo istituito anche la libertà si presenta più probabile nel caso che lo schiavo fosse sua proprietà esclusiva anzi che quando vi fosse anche un comproprietario; nel primo caso l'istituzione senza libertà sarebbe nulla, in quest'ultimo invece essa manterrebbe sempre il suo vigore salvo che in luogo dello schiavo diverrebbe erede il socio del testatore. Aggiungasi che GIUSTINIANO nella legge colla quale abolisce il *ius accrescendi* dispone che la nuova legge deve valere non solo per le manomissioni *inter vivos,* ma anche quando il servo abbia istituito erede lo schiavo comune dichiarando di volerlo libero [87]), ciò ch'è prova evidente che il contrario deve ammettersi quando manchi simile dichiarazione. Per questi motivi gl'interpreti più

---

86) L. 1 C. *de communi servo man.* 7, 7; § ult. I. *de donat.* 2, 27. — GOESCHEN nella *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica), Vol. III, pag. 261 seg.

87) L. 1 § 1. in f. C. *de communi servo manum.* — — « et hoc moriturus dixerit ».

poderosi si sono pronunciati per l'opinione che all'istituzione in erede dello schiavo comune senza espressa concessione della libertà si debba ancora applicare l'antico diritto, cioè l'istituzione sia valida a favore del socio come istituzione di un servo alieno [88]). Per questa opinione, del resto, sta anche un altro argomento di solito trascurato: quando alcuno istituisce il proprio socio *heres ex asse* e poi lascia un legato senza la libertà allo schiavo comune, il legato non vale [89]). Le parole *sine libertate* sono senza dubbio interpolate [90]), perchè secondo il diritto delle Pandette il legato non potea valere neppure quando fosse lasciato al servo comune *cum libertate*, dovendo aver luogo in tal caso il diritto di accrescimento a favore del servo (vedi nota 75). Se per tanto i compilatori interpolarono quelle parole, ciò potè avvenire soltanto per riguardo alla innovazione introdotta da GIUSTINIANO, e così è riconosciuto nel modo il più chiaro che pel caso che il legato fosse ordinato *sine libertate* restava in vigore l'antico diritto, cioè la libertà non si doveva sottintendere e da ciò conseguiva la nullità della disposizione [91]).

---

[88]) BACHOVIO ad fr. I. *h. t.* Nr. 2. VINNIO *ad eund. loc.* Nr. 5.

[89]) L. 89 D. h. t. Questo testo tratto dal libro II *Manualium* di PAOLO così suona completamente: « Si socius heres institutus sit ex asse, et servo communi legetur pure *sine libertate*, hoc legatum non constitit. Plane sub conditione ei utiliter et sine libertate legabitur, quondam et proprio servo ad herede recte sub conditione legatur. Quare etiam heres institui sine libertate, ut alienus, socio herede scripto, poterit: quia et proprius cum domino heres institui poterit ». Sul significato di quest'ultimo inciso vedi sopra nota 85 in principio: il *proprius servus* è il servo appartenente esclusivamente al coerede. Vedi POTHIER, *Pand. Iust.* ad h. t. n. XX note *d*, *e*, P. II, p. 198.

[90]) Vedi ARNDTS, *Ueber die Catonianische Regel* (Sulla regola Catoniana) nel *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), Vol. V, pag. 223. Il MERILLIO, che suole citarsi come l'interprete principale di questo testo, non ha mai notato l'interpolazione. — *Differentiarum liber singularis*, cap. XIII.

[91]) Alcuni pensano che anche nella L. 63 § 9 D. *pro socio* 17, 2, dov'è detto: « Si servo communi legatum sine libertate unus ex dominis reliquit, hoc ad solum socium pertinet », le parole *sine libertate* sieno interpolate. Vedi per es. BALDUINO, *Iustinianus seu de iure novo commentarii*, Lib. III

Per quanto favorite tuttavia siano nel diritto nuovo le manomissioni testamentarie, l'istituzione dello schiavo proprio sotto la condizione della libertà è nulla « quia ratio suadet eum, qui libertatem dare potest, ipsum debere dare libertatem » [92]); in una disposizione di questa specie manca la certezza della volontà, il *certum consilium*, senza del quale non vale alcuna disposizione.

B) Venendo a toccare dell'istituzione di un servo alieno, la validità di essa dipende dal fatto che il padrone dell'istituito abbia la testamentifazione passiva.

« Alienos servos heredes instituere possumus, eos tamen, quorum cum dominis testamentifactionem habemus » [93]).

Ciò tuttavia non deve essere inteso nel senso che anche quello che era padrone dello schiavo al momento della disposizione debba divenire erede, o altrimenti l'istituzione sia priva di effetto. Questo non accade se non quando il legato dello schiavo non subisca alcun mutamento, e questo resti per ciò soggetto al suo

---

nella *Jurisprudentia Romana et Attica*, T. I, p. 1156, WISSENBACH, *Emblemata Triboniani* ed. Ludovici pag. 182. Ma con ragione ha già osservato il CUIACIO che secondo il caso proposto nella L. 63 § 9 D. *pro socio* 17, 2 in essa si tratta di decidere la questione se il socio abbia da dividere il legato coll'erede del socio, cioè del testatore. Ora questa questione non avrebbe potuto neppure essere proposta se il legato fosse stato lasciato *cum libertate*. Secondo il diritto delle Pandette in fatti lo schiavo sarebbe stato in tal caso attribuito del tutto al socio, mentre invece nel caso configurato all'erede del socio restava sempre una quota di comproprietà e per ciò poteva domandarsi se egli non avesse anche diritto a una parte di legato, questione alla quale però si rispondeva in senso negativo sulla base del principio che tali legati hanno lo stesso effetto che se fossero lasciati ad uno schiavo completamente alieno. Vedi nota 80. CUIACIO, *Notae ad Ulpianum* XXII, 10 in SCHULTING, *Jurisprudentia anteiust.* pag. 637 nota 28, e SCHULTING, *Notae ad Digesta*, ed. SMALLENBURG, III, p. 391.

[92]) L. 21, L. 22 D. *de condit. instit.* (XXVIII, 7).

[93]) ULPIAN., *Fragm.* Tit. XXII, § 9. — Vedi L. 32 pr. D. *h. t.*: « Non minus servos, quam liberos, heredes instituere possumus, si modo eorum scilicet servi sint, quos ipsos heredes instituere possumus, cum testamentifactio cum servis ex persona dominorum introducta sit ». — L. 12 § 2 D. *de leg.* I.

antico padrone, il quale per mezzo di lui diviene erede [94]). Diversamente vanno le cose quando lo schiavo prima della delazione o dell'acquisto della eredità passa nella potestà di un altro padrone o diviene libero. Nel primo caso è il nuovo padrone che acquista per mezzo suo [95]), nel secondo caso acquista egli stesso [96]). Egli è per ciò che anche i servi stessi sono presi in considerazione e le regole sulle possibilità di acquistare si riferiscono appunto a loro. « Et si maxime testamenti factio cum servis alienis ex persona dominorum est (dice PAPINIANO nel XV libro delle sue Questioni) *ea tamen quae servis relinquuntur, ita valent si a liberis relicta possent valere:* sic ad fundum domini via servo frustra legatur [97]) ». Per il padrone stesso tale legato sarebbe stato valido, ma per lo schiavo esso non vale come non varrebbe un diritto di passo concesso ad un uomo libero su un fondo alieno; simile legato sarebbe nullo perchè mancherebbe in esso un interesse pel legatario, che pure è condizione essenziale per l'acquisto di un diritto, nè può esser valido a favore dello schiavo, perocchè questi non ne può far uso se al momento della delazione sia libero [98]). Con maggior precisione è spiegato

---

[94]) § 1 I. *h. t.* — « Alienus quoque servus heres institutus, si in eadem causa duraverit, iussu eius domini adire hereditatem debet ». — GAIO, *Inst.* II, § 189.

[95]) § 1 I. *h. t.* — « si alienatus ab eo fuerit, aut vivo testatore, aut post mortem eius, antequam adeat, debet jussu novi domini adire ». Questo vale anche pel caso che il primo proprietario avesse già dato il comando di adire, ma prima dell'esecuzione di esso fosse morto. L. 62 § 1 D. *de adq. vel om. her.* 29, 2. « Si servus heres institutus post iussum domini, antequam adiret, alienatus esset: novum jussum posterioris domini non jussum prioris exigitur ».

[96]) § 1 I. *h. t.* — « At si manumissus est vivo testatore, vel mortuo antequam adeat, suo arbitrio adire hereditatem potest ». — GAIO, *Inst.* II, § 189 in f.

[97]) L. 5 D. *de serv. leg.* (XXXIII, 3).

[98]) CUIACIO *in lib. XVI Quaestionum Papinani, ad h. l.* Opera IV p. 411 seg. ediz. di Napoli. — POTHIER, *Pandectae Justinianae* tit. *de leg.* n. 136, nota *k*, T. II, p. 296.

questo rapporto di duplice testamentifazione del padrone e dello schiavo nel seguente testo di PAOLO:

« Servo alieno posse rem domini legari Valens scribit, item id, quod domino eius pure debetur: cum enim servo alieno aliquid in testamento damus domini persona ad hoc tantum inspicitur, ut sit cum eo testamentifactio; ceterum ex persona servi constitit (consistit) legatum. Et ita rectissime JULIANUS definit, id demum servo alieno legari posse, quod ipse liber factus capere posset; calumniosa est enim illa adnotatio, posse legari servo et quamdiu serviat, nam et hoc legatum ex persona servi vires accipit. Alioquin et illud adnotaremus, esse quosdam servos, qui, licet libertatem consequi non possint, attamen legatum et hereditatem possunt acquirere domino » [99]).

La personalità del padrone adunque è presa in considerazione solo in quanto su di essa si fonda la capacità dello schiavo, per tutto il resto, e quindi anche per ciò che riguarda l'oggetto e gli effetti giuridici, tutto si deve determinare secondo la persona dello schiavo stesso, dal che segue che un legato a favor di questo vale soltanto se sia tale che potrebbe valere qualora lo schiavo fosse libero. PAOLO invoca l'autorità di GIULIANO, il quale forse così espresse per primo la regola, poi egli definisce come calunniosa l'osservazione di un altro giureconsulto, probabilmente MARCELLO [100]), che si potrebbe anche legare ad un servo, colla limitazione fin che sia servo, perchè, egli soggiunge, anche in questo caso il

---

[99]) L. 82 § 2 Dig. *de legatis* II, 31. — PAULUS, *libro X quaestionum.*

[100]) ULPIO MARCELLO scrisse note ai Digesti di GIULIANO (WIELING, *Jurisprudentia restituta*, pag. 177; TYDEMAN, *Dissert. de L. Ulpii Marcelli vita et scriptis*. Traiecti ad Rhenum 1762, sez. II c. 2 § 8 in OELRICH, *Thesaurus dissert. iurid.* Vol. I, N. 1, p. 85). Sulla autorità di lui si fonda anche il principio che si possa legare uno schiavo *quo ad serviat*. L. 113 pr. Dig. *de legatis*, I, 30. Su queste note PAOLO si esprime anche altrove in tono dispregiativo. Confr. L. 14 § 1 D. *de lege Cornelia de falsis*, 48, 10 .... *inveni Marcellum apud Iulianum adnotasse...*, *ita adiicit iste Marcellus*, benchè qui evidentemente faccia sua l'affermazione di MARCELLO. Vedi TYDEMAN, *loc. cit.* § 11 pag. 89 seg. e VAN DE WATER, *Observationes iuris Romani*, Lib. III, c. 11.

legato vale sempre *ex persona servi*. PAOLO chiama l'osservazione di MARCELLO calunniosa, perchè GIULIANO non dice che per lo schiavo debba esistere la possibilità di acquistare egli stesso, ma soltanto che il legato debba poter valere nella sua persona, vale a dire che egli sia nel caso di poter acquistare se divenga libero; altrimenti, egli seguita, si potrebbe anche opporre a GIULIANO che anche gli schiavi, che non possono essere manomessi [1]), acquistano pei loro padroni, ma questa osservazione non toccherebbe la regola di GIULIANO, più che l'annotazione di MARCELLO [2]).

Nell'istituzione di un servo alieno la persona del padrone viene in considerazione perchè lo schiavo non ha personalità propria e per mezzo suo acquista il padrone. In tutti gli altri riguardi però è lui che si considera il subietto del diritto, onde egli acquista anche l'eredità per sè quando essa non è ancora acquistata pel padrone. Il diritto è deferito a lui e non al padrone ed esso per ciò non può essere acquistato parte a lui e parte al padrone, ma al solo padrone, quando al momento dell'acquisto la *potestas* del padrone su di lui esiste ancora, o a lui solo quando quel rapporto sia già a quel momento estinto. Se egli fosse istituito per una parte puramente, per un'altra parte

---

[1]) Vedi per es. L. 9 Dig. *de manum.*, 40, 1, L. 2 Cod. *qui non possunt ad lib. perv.* 7, 12.

[2]) Vedi specialmente CUIACIO, *ad h. l. in lib. X Quaestionum Pauli inf.* GOTOFREDO, *animadversiones iuris civilis* cap. XIX in OTTONE, *Thesaurus*, T. III p. 316-318; POTHIER, *Pand. Iust.*, *ad tit. de legatis* n. 136 nota *a*, T. II, p. 297. Il senso proprio dell'osservazione contraria di PAOLO è per ciò del tutto falsato quando si ammette che nell'*adnotatio Marcelli* sia caduto un *non* e che si debba leggere *non posse legari servo*. Vedi PERENNONIO, *Animadversiones et variae lectiones*, Lib. II, cap. XIX, in OTTONE, *Thesaurus*, T. II, pag. 649 seg. Vedi in senso contrario STRYKIO, *Vindicatio legum anticrit.* cap. XIX, in OTTONE, I, 530 seg. Il TYDEMAN, *loc. cit.* § 12 pag. 93 seg., difende l'osservazione di MARCELLO, poichè egli dice che se si può legare ad uno schiavo alla condizione che il legato abbia effetto soltanto fin che dura la schiavitù, la regola di GIULIANO deve ritenersi formulata in modo troppo generale; egli confessa però che la regola non si applica a quel caso e così egli stesso viene a negare l'esattezza della sua formulazione.

sotto condizione e la prima parte fosse così già acquistata al padrone, mentre poi all'avverarsi della condizione per l'altra parte egli fosse divenuto libero, l'eredità dovrebbe andare o tutta al padrone o tutta al servo. Ma la prima cosa non sarebbe possibile perchè il libertino non può più acquistare come servo pel padrone, per ciò l'acquisto della parte già avvenuto si considera come non avvenuto e lo schiavo manomesso riceve il tutto. Così insegna PAOLO nel quinto libro del suo Commentario alla *Lex Iulia et Papia*.

« Item si servus meus ex parte heres institutus sit pure, ex parte sub conditione, dato scil. coherede [3]), et iussu meo adierit, deinde eo manumisso conditio alterius portionis extiterit: verius est, non mihi esse adquisitam illam portionem, sed ipsum comitari; omnia enim paria permanere debent in id tempus, quo alterius portionis conditio extet, ut adquiratur ei, cui prior portio acquisita est » [4]).

La stessa cosa deve ammettersi per conseguenza quando lo schiavo sia istituito accanto a un altro, ma sia anche sostituito al coerede e il caso della sostituzione si avveri dopo la sua manomissione; questo caso è perfettamente analogo a quello di una istituzione per una parte pura, per un'altra condizionata [5]). Spesso s'insegna però che ULPIANO ritenesse il contrario:

---

[3]) Se non fosse istituito alcun coerede o nessuno fosse sostituito per la parte lasciata *sub condicione*, la condizione si dovrebbe considerare come non esistente (L. 52 § 1 D. *de acq. vel. om. her.* 29, 2, L. 4 § 1 D. *h. t.*) perchè non vi è alcuno che possa pretendere la cauzione dell'erede istituito sotto condizione. L. 7 in f. D. *de cond. et dem.* 35, 1. POTHIER, *Pandectae Iustin.* tit. *de acq. vel om. her.* n. 66 nota *l.* T. II, p. 242.

[4]) L. 80 § 2 Dig. *de acq. vel om. her.* 29, 2. Il giureconsulto osserva nel paragrafo seguente: « Ego quidem puto, et si adhuc in potestate sit, iterum adeundum esse, si conditio exstiterit: et illud, quod dicims semel adeundum, in eiusdem persona locum habet, non cum per alium adquirenda est hereditas ». Adunque, anche nel caso che il rapporto di schiavitù non abbia subìto alterazioni occorre una nuova adizione all'avverarsi della condizione, perchè solo da questo momento è accertato chi acquisti l'eredità; è solo per la seconda adizione che la prima viene ad avere un significato ed effetti giuridici.

[5]) L. 1 § 13 D. *ad leg. Falcid.* (XXXV, 2). — « Is enim similis est heres ex parte pure ex parte sub conditione heredi instituto ».

« Si quis heres institutus ex parte, mox Titio substitutus, antequam ex causa substitutionis ei deferatur hereditas, pro herede gesserit: erit heres ex causa quoque substitutionis, quoniam invito quoque ei accrescat portio. Idem dico, *et si filius familias vel servus jussu domini vel patris adierint hereditatem, mox emancipatus, vel manumissus, ex causa substitutionis adeant;* erunt namque heredes; sunt enim appendices praecedentis institutionis » [6]).

Il CUIACIO parte senz'altro dal concetto che le parole *erunt namque heredes* debbano riferirsi al padrone e al padre e pone la differenza tra la decisione della L. 80 § 2 D. *de acq. vel om. her.* 29, 2 e quella di questo testo in ciò, che la sostituzione di un coerede avrebbe secondo lui gli effetti del diritto di accrescimento legale e la parte mancante si accrescerebbe *ipso iure* alla già acquistata [7]).

Altri credono che secondo la decisione di ULPIANO la parte dell'erede mancante vada ugualmente al padrone o al padre, ma ammettono un' antinomia fra i due testi, perchè i due casi avrebbero dovuto esser decisi nello stesso modo [8]). Le espressioni usate nel nostro testo sono certamente tali che facilmente possono essere fraintese, specialmente per la parificazione tra sostituzione e diritto di accrescimento, che però non in ogni sua parte ha gli stessi effetti. Il diritto di accrescimento è una conseguenza così assoluta del primo acquisto che esso opera anche dopo la morte di quello al quale va la parte del coerede mancante, in maniera che si può

---

[6]) L. 35 pr. D. *de acq. vel. omitt. her.* 29, 2.

[7]) *Observationes*, XII, c. 14. Concordano il PAPILLONIUS, *de substitutione pupillari*, cap. V, in OTTONE, *Thesaurus*, T. IV, pag. 733, e *de iure accrescendi*, ibidem pag. 783, e il HUNGER nella traduzione tedesca del *Corpus iuris*, Vol. III, pag. 154, nota 117.

[8]) Così il CHIFLETIUS, *de successionibus*, cap. IV, circa finem, in OTTONE, *Thes.* V, pag. 682 e GORDONIUS, *Praetermissa juris civilis*, capitolo XVIII, in OTTONE, *Thesaurus*, II, pag. 890 seg. La Glossa di ACCURSIO (gl. *erunt namque heredes*, ad L. 35 cit.) ritiene che le parole si riferiscano allo schiavo o al figlio di famiglia, ma vuol sottintendere *ubi non adierunt*, quindi, se prima non sia seguita alcuna adizione, l'intera eredità appartiene secondo essa alla persona già *in potestate domini vel patris*. Questa spiegazione però non si concilia affatto coll'insieme del testo.

dire che è la parte già acquistata che tira a sè l'altra [9]); diversamente vanno le cose nella sostituzione; il sostituito deve sopravvivere all'erede, sia egli o no coerede di questo [10]). I due diritti sono però fra loro uguali in questo, che il coerede che ha acquistato la sua parte non può rinunciare a quella che gli spetta *ex substitutione* come non potrebbe rinunciare a quella che ricevesse *iure accrescendi* [11]). Questo e non altro dice ULPIANO nelle premesse della sua trattazione; ma da ciò non segue affatto che l'eredità spetti al padre quando il caso della sostituzione si avveri soltanto dopo che l'erede istituito sia liberato dalla potestà; le espressioni del testo anzi indicano piuttoso il contrario. Il testo si può scindere nei seguenti principii: 1.º Chi è divenuto erede per la sua parte acquista *ipso iure* la parte vacante del coerede al quale sia stato sostituito, perocchè questa gli si accrescerebbe anche *ipso iure*. 2.º Lo stesso vale anche per lo schiavo e pel figlio, che abbiano avuta la parte di eredità loro spettante come coeredi *iussu patris vel domini*, quando il caso di sostituzione si avveri dopo la liberazione della potestà paterna, essi cioè sono eredi dell'intero perchè colla sostituzione comincia l'istituzione. Così non solo le parole *erunt namque heredes* ricevono il significato naturale, che spetta loro per il complesso del discorso, ma la decisione di ULPIANO concorda anche coi principii generali del diritto. Nè a questa spiegazione

---

[9]) L. 9. D. *de suis et legit. heredib.* (XXXVIII, 16). L. 53 § 1 D. *de acq. vel om. her.* 29, 2.

[10]) L. 9 in f. D. *de suis et legit.* — — « Alia causa est instituti heredis et coheredis substituti; huic enim vivo defertur ex substitutione hereditas, non etiam, si decesserit, heredem ejus sequitur ». — L. 81 D. *de acq. vel om. her.* Vedi la nota seguente.

[11]) Il HOEPFNER, *Comm.*, § 501, nota 1, *b*, sostiene senza ragione il contrario. L'acquisto della parte mancante avea luogo in tal caso senza necessità di un nuovo atto di acquisto. L. 81 D. *de acq. vel. omitt. her.* « Totiens *videtur heres institutus etiam in causa substitutionis adiisse*, quotiens adquirere sibi possit; nam si mortuus esset, ad heredem non transfert substitutionem ». Vedi HEINECCIUS in *Comment. ad Leg. Jul. et Pap. Popp.* Lib. III, cap. VI, § 2, p. 406. Se una persona *in potestate* era istituita e insieme sostituita al coerede, occorreva secondo il principio espresso sopra alla nota 4 un nuovo atto di adizione.

fa ostacolo il fatto che qui non si parli per nulla di un nuovo atto di acquisto (vedi sopra nota 4); qui si domanda soltanto: chi acquista l'eredità? e la risposta è: il già figlio di famiglia o il già schiavo, perocchè questo e non il padre è l'istituito ed è lui che acquista benchè per mezzo suo acquisti, finchè egli è soggetto alla patria potestà, il padre: così anche qui il diritto di un coerede di acquistare *ex substitutione* dipende dalla sua istituzione e il padre non acquista nulla per effetto del principio dell'unità indivisibile di una tale specie di acquisto [12]). Neppure costituisce eccezione a questo principio l'insegnamento di Giavoleno, pel quale quando uno schiavo comune a due persone sia istituito erede da un terzo, adisca l'eredità per comando di uno dei padroni e poi sia manomesso, può acquistare in seguito l'altra metà dell'eredità per sè [13]). Qui si applica il principio: *Communis servus duorum servorum personam sustinet* [14]), principio che vale appunto pei casi in cui l'acquisto non può riferirsi ad ambedue i padroni [15]). Questo è il caso quando non si può acquistare che *iussu domini*, quindi in particolare anche nel caso di un'eredità deferita allo schiavo. Qui lo schiavo acquista soltanto a quello dal quale ha ricevuto l'incarico, quindi ad ognuno separatamente come se fossero istituiti due schiavi di diversi padroni. Se in un simile caso l'uno avesse acquistato pel padrone, l'altro fosse stato manomesso prima dell'acquisto, questo secondo riterrebbe per sè la metà dell'eredità come un qualunque coerede. Lo stesso avviene qui [16]).

---

[12]) Il Pothier, *Pand. Iust., ad tit. de acq. vel om. her.*, n. 67, nota *b*, Tomo II, pag. 243, difende in sostanza questa stessa opinione, senza però addurre argomenti.

[13]) L. 64 D. *de acq. her.* « Servus duorum heres institutus et adire jussus, si alterius domini jussus adierit, deinde manumissus fuerit, poterit ipse adeundo ex parte dimidia heres esse ».

[14]) L. 1 § 4 D. *de stipul. servor.* (XLV, 3).

[15]) Vedasi L. 4 D. *de stip. servorum*, 45, 3. Schulting, *Notae ad Paulli sent. rec.* III, IV, 4 nota 9, nella *Iurisprudentia vetus antejust.* p. 355.

[16]) Questi argomenti si trovano già svolti molto bene nella Glossa di Accursio, ad L. 64 D. *de acq. vel om. her.* 29, 2 gl. *dimidia*.

È dunque lo schiavo quello che si considera istituito, è lui che acquista e per suo mezzo il padrone. Da ciò segue che se lo schiavo muore prima dell'adizione ogni diritto in base all'istituzione si estingue [17]). Viceversa l'acquisto fatto per mezzo dello schiavo ha gli stessi pieni effetti dell'acquisto di un uomo libero, quindi, se lo schiavo ha dei coeredi si fa luogo al diritto di accrescimento per lui, che è quanto dire pel suo padrone. Questo diritto di accrescimento naturalmente non è escluso neppure pel fatto che coerede sia il padrone stesso; se pertanto questo fosse istituito sotto una condizione che non si avvera, egli avrebbe sempre il diritto di ottenere il tutto in forza del *ius accrescendi* a lui spettante [18]).

---

[17]) L. 63 pr. in f. D. *ad Legem Falc.* 35, 2.

[18]) Nella L. 35 § 1 D. *de acq. vel om. her.* 29, 2 Ulpiano dice: « Si exclusus per conditionem sibi datam pater filium jussit adire, dicendum erit, eum non quaesiisse suam portionem ». Il padrone o il padre adunque non ha acquistato la sua propria quota, ma ciò non impedisce l'acquisto mediante la persona soggetta alla sua potestà, alla quale deve necessariamente andare la parte del mancante. Nella Glossa di Accursio si trovano esposte varie opinioni su questo testo, ma è accolta la giusta con queste parole: « sed bene sibi adquirit ex persona servi jure accrescendi quasi accreverit ipsi servo, ne alioquin inveniatur pro parte testatus et pro parte intestatus ». (Gl. *dicendum erit* ad h. L). Uno scrittore moderno però così interpreta il testo: Quando la persona *alieni iuris* sia istituita *pure*, il *paterfamilias* sotto condizione e questa non si avveri, neppure lo schiavo o il figlio di famiglia possono adire validamente, perchè le due istituzioni sono in fondo la stessa cosa, soltanto quella del padre si considera come prevalente. Vedi Mayer, *Das Recht der Anwachsung* (Il diritto di accrescimento), Tubinga 1835, pag. 26 seg. Io non vedo però come da ciò possa conseguire che il *paterfamilias* non acquista la sua parte come coerede. Nè quest'opinione è confermata dalla decisione della L. 26 Dig. *de acq. vel om. her.* 29, 2, per la quale quando il padre e la persona soggetta alla sua potestà siano istituiti insieme, l'incarico dato a questa di adire l'eredità costituisce acquisto per parte del padre della sua quota ereditaria. « Si ego et servus meus vel filius heres institutus sit, si jussero filio vel servo adire, statim et ex mea institutione me heredem esse, Pomponius scribit ». — Vedi Mayer, *loc. cit.*, pag. 27. Questa decisione si spiega semplicemente coll'osservare che per l'efficacia dell'adizione basta una semplice dichiarazione di volere divenire erede, essa non contiene affatto un riconoscimento del concetto che il padre e la persona a lui soggetta debbano nell'istituzione d'erede in comune con-

L'eredità giacente non può essere istituita erede, perocchè essa rappresenta in sostanza la persona del defunto [19]), e l'istituzione di un uomo dopo la morte non è ammissibile.

Tuttavia l'istituzione di uno schiavo ereditario, di uno schiavo cioè non appartenente al patrimonio del testatore, ma a un'eredità aliena, dovrebbe ritenersi possibile, per la ragione che si considera come erede l'eredità stessa rappresentante del defunto. § 2 I. h. t. 2, 17:

« Servus etiam alienus post domini mortem [20]) recte heres instituitur, quia et cum hereditariis servis testamentifactio est. Nondum enim adita hereditas personae vicem sustinet, non heredes futuri, sed defuncti [21]), cum etiam eius, qui in utero est, servus recte heres instituatur » [22]).

---

siderarsi come una persona sola. — Da questo punto di vista il testo è spiegato anche da altri. Vedi Pothier, *Pand.* ad tit. *de acq. vel om. her.* n. XIII, T. II, p. 233 A.

[19]) Pr. I. *de stip. serv.* 3, 19. «Hereditas personae defuncti vicem fungitur».

[20]) Ciò non significa che anche dopo la morte del padrone possa esser fatto validamente un testamento, nel quale sia istituito lo schiavo, perchè questa è appunto l'istituzione di un servo ereditario, di cui parla in seguito il testo, bensì che l'istituzione può avvenire in guisa che lo schiavo abbia a divenire erede dopo la morte del padrone. Vedi Teofilo, *Parafrasi*, a questo testo. Confr. Schrader, *natae ad h. l.*

[21]) La capacità dell'erede stesso non è qui considerata. L. 52 D. *h. t.* « Servus hereditarius heres institui potest, si modo testamentifactio fuit cum defuncto, *licet cum herede instituto non sit* ». Vero è che le leggi dicono dell'eredità giacente che essa *heredis personam sustinet* (L. 24 in f. D. *de novat.* 46, 2); ma questo allude soltanto al fatto che l'erede acquistando l'eredità acquista anche tutto ciò che nel frattempo vi si è aggiunto, come se l'eredità avesse fatto parte del suo patrimonio sin dal momento della morte del defunto. Se pertanto l'erede istituito sia incapace di ricevere per testamento, a lui solo sarà impedito ogni acquisto, ma gli aumenti dell'eredità, e quindi anche le cose che il servo ereditario abbia acquistato per testamento, spetteranno a colui che acquista effettivamente l'eredità.

[22]) Il principio che i non nati non abbiano diritti (L. 9 in f. Dig. *ad legem Falc.* 35, 2) e per conseguenza siano incapaci di essere istituiti eredi è ammesso come regola dai giureconsulti romani non ostante le modificazioni particolari che esso subisce. Per ciò questo argomento non vale. Del resto Giavoleno trae al contrario un argomento a favore della

L'istituzione di un defunto è dunque giuridicamente impossibile, eppure qui si mantiene in vita l'istituzione *ex persona defuncti*. Evidentemente però qui valeva anche un altro argomento, il riguardo alla personalità, per quanto imperfetta, dello schiavo stesso, il quale poteva acquistare per sè e in ogni caso doveva adire personalmente per far acquistare al padrone [23]). Del resto per la validità dell'istituzione dello schiavo ereditario occorreva che il defunto avesse la testamentifazione attiva [24]), sotto tutti gli altri riguardi la personalità di lui nè quella dell'erede futuro non venivano affatto in considerazione. Per tal modo potea aver luogo anche l'acquisto *ipso iure* di un legato per l'eredità stessa alla quale apparteneva lo schiavo onorato, non ostante che l'erede istituito mancasse della capacità di acquisto [25]).

---

capacità dello schiavo di un non ancor nato dal principio che lo schiavo ereditario possa esser istituito, « quamvis is testamenti facti tempore nullius sit ». L. 64 Dig. h. t.

[23]) Per ciò è detto anche nel citato passo delle Istituzioni : « et cum hereditariis servis testamenti factio est ».

[24]) L. 31 § 1 L. 52 D. *h. t.*

[25]) L. 55 § 1 D. *de leg.* II. « Si eo herede instituto, qui nihil vel non totum capere potest, servo hereditario legatum fuerit, tractantibus nobis de capacitate, videndum est, utrum heredis an defuncti persona, an neutrius spectari debeat? Et post multas varietates placet, ut, quia nullus est dominus, in cuius persona de capacitate quaeri possit, sine ullo impedimento adquiratur legatum hereditati, atque ob id omnimodo ad eum pertineat, quicumque postea heres exstiterit ». Adunque quando sia istituito un incapace e sia poi lasciato da un terzo un legato a uno schiavo appartenente all'eredità, quello è acquistato dall'eredità o dall'erede futuro. È facile comprendere come così si venisse ai dubbii espressi da Gaio. Delle opinioni qui rigettate la meglio fondata sembrava quella secondo la quale la *capacitas* della *lex Iulia et Papia*, che è quella a cui si allude, dovesse come la testamentifazione determinarsi *ex persona defuncti*. È fuor di dubbio poi che per *defunctus* qui non s'intende quello che ha lasciato il legato, ma il già padrone del servo, quello cioè che aveva istituito l'incapace. L'opposta interpretazione, accolta nella traduzione tedesca del *Corpus iuris*, Vol. III, pag. 304 nota 61, riposa su un apprezzamento inesatto del rapporto giuridico. Una spiegazione del testo pienamente esatta si trova in Zepernick, *Diatriba de iudicatis centumiralibus*, § 24, nella sua edizione di Siccama, *de iudicio centumvirali*, pag. 414-416. Non noterò poi che qui non si allude alla differenza fra *capacitas* e *testamenti factio* perchè ciò non ha importanza pel nostro argomento.

La capacità di ricevere per testamento degli schiavi alieni o ereditarî è dunque una derivazione della personalità del padrone del testatore, ma solo in quanto allo schiavo manca il *commerciume*, perciò la sua istituzione come persona indipendente non è giuridicamente possibile. Ma come si spiega allora la possibilità di istituire il proprio schiavo? Non certo colla capacità del testatore, perche nessuno può istituire erede sè stesso e quindi non si può neppur dire che lo schiavo derivi dal testatore la capacità di essere istituito nel testamento del suo padrone [26]). Il HUBNER è di opinione che questa sia una conseguenza della facoltà che il testatore ha di istituire un incapace sotto la condizione della capacità futura e perciò lo schiavo non poteva secondo lui istituirsi se non *cum libertate*, ciò che equivaleva ad una istituzione pel caso di capacità futura [27]). Ma a questa spiegazione si oppone il fatto che la regola *in tempus capiendae hereditatis institui heredi posse* [28]), non si applica, almeno nel suo significato originario, alla testamentifazione passiva, ma soltanto alla *capacità* e perciò la necessità che lo schiavo sia istituito *cum libertate* non può derivarsi da quella regola. Anzi è impossibile di conciliare con essa il principio che non debba all'istituzione dello schiavo aggiungersi espressamente la condizione se egli diverrà libero [29]), poichè per quella regola dovrebbe ammettersi piuttosto il contrario. Secondo il diritto nuovo, del resto, la concessione di libertà allo schiavo proprio istituito è sempre sottintesa e tuttavia si è d'accordo nel ritenere che la condizione della futura capacità debba essere scritta nel testamento. Occorre dunque che troviamo un altro fondamento per questo principio e io credo infatti di averlo trovato. Lo schiavo istituito diviene libero nel momento in cui il testatore muore. Lo stesso motivo adunque che dette occasione alla formulazione della regola Catoniana, riferentesi però

---

26) *C. G.* HÜBNER *Disput. jur. civil.* (Jen. 1806), Cap. VIII, p. 92.
27) HÜBNER *loc. cit.* 96 sqq.
28) L. 62 pr. D. *h. t.*
29) L. 22 D. *de condit. instit.* XXVIII, 7.

ai soli legati [30]), ebbe effetto anche qui; se il caso sia tale che la capacità di acquistare esisterebbe qualora il testatore venisse a morire nel momento in cui ha fatto testamento, non si può distinguere quel momento da quello della delazione dell'eredità. Questo si applica ad ogni istituzione d'erede; soltanto nell'istituzione di persona capace è chiaro che non è necessario distinguere il secondo momento se il testatore venga a morire nel momento stesso in cui ha compiuto l'atto del testamento, essendo in tal caso semplicemente necessario ancora che l'erede conservi la capacità sino all'acquisto. Ma l'istituzione dello schiavo proprio ha questo di particolare, che l'erede diviene capace colla morte del testatore e poichè egli acquista l'eredità *ipso iure* come erede necessario non si può parlare di un altro momento; questa istituzione per conseguenza è valida soltanto sulla base della personalità dell'istituito. Con ciò concorda anche la disposizione secondo la quale quando lo schiavo proprio sia istituito non può essergli tolta la libertà nello stesso testamento o in un codicillo ad esso aggiunto [31]).

La concessione della libertà e l'istituzione sono collegate fra loro in modo inseparabile: lo schiavo sarebbe libero se il testatore morisse subito dopo fatto il testamento; egli pertanto è istituito come libero e la *ademptio libertatis* è un atto del tutto inefficace [32]).

I figli di famiglia hanno sempre avuto una personalità giuridica, limitata però dall'influenza della patria potestà. Il fondamento e l'estensione di questa limitazione consistono in ciò, che i diritti patrimoniali di tutti i collegati da un medesimo rapporto

---

[30]) L. 1 pr. D. *de reg. Cat.* (XXXIV, 7). — « quod si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum quandocunque decesserit non valere ».

[31]) L. 13 § 1 (2) D. *de liber. et post.* (XXVIII, 2). « Regula est iuris civilis, qua constitutum est, hereditatem adimi non posse, propter quam liber et heres esse iussus, quamvis dominus ademerit eodem testamento libertatem, nihilominus et libertatem et hereditatem habebit ».

[32]) Confr. MAIANSIO, *Disputatio de heredibus inst.* T. I., XXXII, § 4, p. 474 seg. e sopra pag. 586 seg. del vol. precedente; dove sono indicate anche altre interpretazioni del testo stampato nella nota precedente.

di patria potestà, si congiungono nel *pater familias* che è come il centro della società famigliare [33]). I figli perciò non hanno alcun diritto indipendente di disposizione e conseguentemente non hanno la testamentifazione attiva [34]), gli acquisti che essi fanno appartengono al padre come quelli dello schiavo [35]). La testamentifazione passiva spetta a loro non meno che alle persone pienamente indipendenti [36]), essi però acquistano l'eredità ed i legati come ogni altra cosa pel padre di famiglia e questa è la ragione per la quale noi troviamo così spesso i figli parificati agli schiavi, posto che anche essi acquistano *iussu patris* e pel padre [37]). Essi però possono avere anche un patrimonio libero di fronte al quale essi hanno il diritto di un *pater familias*, è questo il peculio castrense o quasi castrense, del quale essi possono disporre liberamente per testamento [38]), così come possono in occasione di esso acquistare per testamento indipendentemente dal padre [39]). In taluni casi però già secondo il diritto delle Pandette la facoltà del figlio di famiglia di acquistare per testamento è divenuta più ampia. Così, per esempio, il padre è obbligato a restituire subito un fedecommesso dovuto al figlio quando esso agisca infedelmente, quando cioè egli amministri il fedecommesso in modo che sia da prevedere che il figlio non riceverà nulla qualora non si ponga un fermo alla sua amministrazione [40]). Inoltre i figli di un padre furioso possono adire da sè una eredità deferita a loro [41]).

Sotto gli imperatori cristiani si venne poco a poco a stabilire il principio che ogni acquisto dei figli e quindi anche le suc-

---

[33]) Vedi il mio *Lehrbuch* (Trattato del diritto delle Pandette), III, § 536.

[34]) L. 6 D. *qui test. fac. fac. poss.* 28, 1. Vedi § 1407 a pag. 175 seg. del vol. I. di questo libro XXVIII.

[35]) Gaio II, 87; Ulpiano, XIX, 18, 19.

[36] L. 16 D. *qui test. fac. poss.* 28, 1; § 4 I. *De her. qual. et diff.* 2, 19.

[37]) Vedi per es. i testi citati nella nota precedente e anche L. 26. L. 35, L. 36 D. h. t.

[38]) Pr. I. *quibus non est perm. test. fac.* 2, 12. Vedi pag. 179 seg. del vol. I del presente libro XXVIII.

[39]) L. 5 D. *de castr. pec.* (XLIX, 17).

[40]) L. 50 D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI, 1).

[41]) L. 52 pr. D. *de a. v. om. her.* (XXIX, 2).

cessioni a loro deferite, dovesse andare a loro vantaggio e che al padre non ne spettasse che l'usufrutto [42]). Sul modo di acquisto poi una costituzione degli imperatori TEODOSIO II e VALENTINIANO III dell'anno 426 stabilì che quando ad un figlio minore dei 7 anni fosse deferita un'eredità il padre o l'avo sotto la cui potestà il figlio si trovava potessero accettare in nome di lui [43]) e se questo non avvenisse e se il figlio morisse prima di aver compiuto i 7 anni l'eredità passasse al padre [44]). Il figlio sopra i 7 anni dovesse adire l'eredità egli stesso *consentiente patre* [45]); però già secondo il diritto anteriore anche il padre poteva adire l'eredità col consenso del figlio [46]). GIUSTINIANO ordinò che quando il figlio non volesse accettare l'eredità il padre potesse accettarla per sè, nel caso opposto potesse il figlio acquistare col consenso del padre, consenso che in caso di rifiuto doveva essere supplito dall'autorità coll'obbligo però di nominare un curatore per l'amministrazione dell'eredità pel caso che il figlio fosse ancora minore [47]). Se il figlio era impubere il padre poteva accettare l'eredità anche senza il suo consenso, ma il figlio poteva al cessare della patria potestà o al compimento della maggiore età essere restituito contro l'adizione, restando il padre obbligato pei debiti ereditari [48]).

Passando ora ad esaminare la questione del significato che le disposizioni del diritto delle Pandette sull'eredità di un figlio possono avere ancora, la risposta non è difficile: le eredità spettanti ai figli di famiglia si acquistano, almeno per la sostanza, a questi e non al padre. Quest'ultimo però conserva ancora alcuni diritti come padre o quali residui dell'antico diritto di acquisto, e cioè: *a*) il diritto di acquistare per sè in certi casi l'eredità deferita al

---

[42]) Vedi Tit. Theod. Cod. *de maternis bonis*, 8, 18, e Tit. *Iust. Cod. de mat. bonis* 6, 60 e *de bonis quae liberis*, 6, 61.

[43]) L. 18 pr. *de jure delib.* VI, 30.

[44]) L. 18 § 1 C. *de jure delib.* — questa è la così detta *transmissio ex capite infantiae* dei moderni. Vedi le mie *Pandette*, III § 602 n. 3.

[45]) L. 18 § 4 C *de jure delib.* 6, 30.

[46]) L. 4 C. *de jure delib.* dell'a. 251.

[47]) L. 8 pr. § 1 D. *de bon. quae lib.* 6, 61.

[48]) L. 8 § 6 C. *de bon. quae lib.* 6, 61.

figlio [49]); *b*) il diritto di usufrutto di amministrazione e di sorveglianza [50]), le particolarità del quale si spiegano molto bene col perdurare dell'influenza della patria potestà [51]). Così è che il padre

---

[49]) Dalla così detta *transmissio ex capite infantiae* (L. 18 pr. Cod. *de iure delib.* 6, 30) e nel caso che il figlio di famiglia non voglia l'eredità. L. 8 pr. § 1 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61. Di solito si ammette che quel primo diritto competa anche al padre sull'eredità del proprio figlio emancipato, e ciò per la dichiarazione della L. 18 § 3 inf. Cod. *de jure delib.* 6, 30) la quale non ammette altra spiegazione. Vedi MAREZOLL nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile), Vol. II pag. 59 e seg. n. III; BUCHHOLTZ, *Iuristische Abhandlungen* (Dissertazioni giuridiche) Koenigsberg 1833 pag. 69 e seg. n. XIII. Una simile estensione si ha nel diritto del padre di acquistare l'eredità spettante al figlio, che apparterrebbe al peculio castrense. L. 8 § 2 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61. Non occorre poi che dimostriamo il rapporto di connessione che corre fra questi acquisti e gli acquisti che il padre faceva una volta in forza della sua patria potestà. Del resto tutto ciò non è collegato coi nuovi principii sulla succesione intestata, onde seguita ad esistere ancora accanto alla nov. 118, perocchè qui non si tratta dell'eredità nei beni del figlio, ma dell'acquisto *iure patrio*, come è detto anche nella L. 18 § 1 Cod. *de jure delib.* 6, 30 — Confr. LOEHR, *Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), Vol. II Diss. XIV n. 8 pag. 197 e seg.

[50]) Così è indicato nelle fonti stesse il diritto del padre sul così detto peculio avventizio del figlio. Vedi per es. la L. 6 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61, dove è detto che il figlio non acquista al padre tutto, ma soltanto l'usufrutto: « usque ad usum fructum solum adquirat... etusus fructus... apud patrem, vel avum, vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiisfamilias inhaereat »: e vedasi anche la disposizione sul momento iniziale dell'ipoteca legale sul patrimonio del padre (ibidem § 4): « initium gerendae vel deserendae administrationis, vel observationis esse spectandum, et non tempus ex quo male aliquid gestum fuerit ». Confr. la nota seguente.

[51]) Il contrario è affermato dal MAREZOLL, *Revision der Lehre von den s. g. Adventitien* (Revisione della dottrina dei così detti beni avventizii) nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile), Vol. VIII n. II, VI, IX e specialmente pag. 286-304, 362-388. Egli ritiene che qui non si parli di un vero usufrutto del padre sui beni avventizi del figlio e di una corrispondente nuda proprietà del figlio e che l'espressione *ad usum fructum adquirere* indichi un rapporto diverso da quello che è l'usufrutto su cosa aliena come contrapposto alla proprietà di alcuno. Secondo lui adunque il diritto del padre sui beni avventizii è un diritto reale indipendente molto prossimo pel suo contenuto alla proprietà, il quale consiste in tutte le possibili facoltà di possedere, usufruire

e disporre, tranne soltanto la facoltà di alienare. La proprietà attribuita al figlio poi appare come una semplice garanzia della sua pretesa futura alla proprietà illimitata, che non ha però precedentemente alcuna efficacia esterna (pag. 304). Vero è del resto che in una costituzione di Costantino, nella quale il diritto sui beni avventizi fu introdotto in origine pei beni materni, è disposto soltanto che le eredità materne debbano esser soggette alla potestà e al dominio del padre (« ita sint in parentum potestate atque dominio ») che ad esso ne spetti l'usufrutto, e che l'alienazione glie ne sia interdetta e il patrimonio vada ai figli come un *praecipuum* quando essi siano divenuti *sui iuris*, L. 1 Th. Cod. *de maternis bonis* 8, 18, L. 2 *eod.*, ma in seguito è attribuita ai figli appunto la proprietà e il diritto del padre è limitato in sostanza a un usufrutto. Già in una costituzione dell'imperatore Teodosio II questo è appunto il caso dove è detto *minime aequiri patri* (L. 2 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61) e nelle costituzioni di Giustiniano è detto ancora più esattamente che il padre ha su tutti gli acquisti del figlio il solo usufrutto, il figlio la proprietà, L. 68 Cod. *de bonis quae* lib. 6, 61. Quella poi che mette fuor di ogni dubbio che non si ha alcuna improprietà di linguaggio e solo il rapporto è determinato in fatto in un modo diverso è la circostanza che la disposizione sopra menzionata di Costantino (L. 1 Th. Cod. *de mat. bonis* 8, 18) è interpolata nel Codice di Giustiniano, in modo da suonar così: « ita sint in parentum potestate (togliendosi le parole *atque dominio*) ut utendi fruendi dumtaxat habeant in diem vitae facultatem, dominio videlicet earum ad liberos pertinente ». Confr. Lœhr, *Einige Bemerkungen zu der Lehre von den Peculien eines filiusfamilias* (Alcune osservazioni sulla dottrina dei peculii del figlio di famiglia) nell'*Archiv*, ecc. (Archivio della pratica civile), Vol. X diss. VII pag. 167 nota 15. Il fatto che il padre non sia soggetto a certe limitazioni degli altri usufruttuarii o amministratori non muta sostanzialmente il carattere del suo diritto; soltanto la cosa va intesa come la troviamo espressa letteralmente e sostanzialmente nelle fonti e non, perchè i diritti del padre sono in singoli punti estesi oltre i limiti all'usufrutto ordinario, si può derivarne altri diritti per lui e pensare così a un nuovo concetto giuridico. In nessun luogo è detto che il padre eserciti in modo indipendente i diritti del possesso, o che egli abbia tutti i possibili diritti di disposizione ad eccezione del solo diritto di alienazione, ciò che del resto sarebbe un limite molto sostanziale e quasi esclusivo dello stesso diritto di disposizione ; l'affermazione poi che egli possa intentare un processo circa i beni avventizii senza il consenso del figlio lungi dall'esser confermata è piuttosto contraddetta dalle fonti. Vedi appresso la nota 55. Infine contro l'opinione del Marezoll si può anche notare che se il figlio non fosse vero proprietario e avesse soltanto l'aspettativa della piena proprietà pel caso di cessazione della *potestas* (Marezoll, *loc. cit.* pag. 407) ne conseguirebbe che il patrimonio dovesse restare presso il padre quando il figlio morisse prima della fine della patria potestà, perchè alcuno non può trasmettere ad altri a titolo ereditario un diritto che egli stesso non abbia. Ora lo stesso Marezoll a pag. 396 (vedi infra nota 61) ammette che i *bona*

è libero dalla cauzione e dal rendimento di conti formale [52]), non è obbligato a richiedere il consenso dell'autorità superiore per le alienazioni, ma è solo soggetto ad alcune limitazioni legali [53]), egli poi intenta a suo nome i processi che riguardano il così detto peculio avventizio [54]) sebbene regolarmente egli sia obbligato ad ottenere il consenso del figlio pubere [55]), conserva infine la metà dell'usufrutto quando la patria potestà sia cessata per emancipa-

---

adventitia del figlio possano esser trasmessi per eredità come quelli di un uomo *sui iuris*.

[52]) L. 8 § 4 in f. D. *de bonis quae lib.* — « parterna reverentia eum excusante et a ratiociniis, et a cautionibus, *et ab omnibus aliis quae ab usufructuariis extraneis exiguntur* ». — Sulla base di queste ultime parole si ritiene che il padre non sia obbligato neppure a far l' inventario. Vedi vol. XIV del *Commentario* pag. 273 nell'ed. tedesca. Egli però è tutt'altro che indubitabile che sulla base di una dichiarazione così generica di una costituzione degli ultimi tempi si possa esonerare il padre da un obbligo, tralasciando il quale il patrimonio del figlio vien rimesso al suo pieno arbitrio. Neppure poi ciò potrebbe ritenersi come una conseguenza dello stesso ordine d'idee pel quale al padre è rimesso l'obbligo del rendimento formale di conti e della cauzione perocchè questi non si concilierebbero colla *reverentia paterna*, mentre la confezione di un inventario è pienamente conciliabile con questa. Vedi Schroeder, *Dissert. de inventarii confectione ei cui omnium bonorum usufructus relictus est inutiliter remissa*, Rostock, 1810 § 5.

[53]) L. 6 § 2. L. 8 § 4, 5 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61, Nov. 22 c. 23, 24. Marezoll, *loc. cit.*, pag. 308 e seg., pag. 261-263, 362 e seg.

[54]) L. 1 Cod. *de bonis maternis*, L. 8 pr. in f. § 3 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61.

[55]) Questo consenso cioè non è necessario soltanto quando il figlio sia impubere o assente. Vedi vol. XIV del *Commentario* pag. 372, ediz. tedesca, e vol. VI pag. 466 n. *b.* pure nell'ed. tedesca. Anche qui il Marezoll si dichiara contrario all'opinione comune. Egli vuole riferire la L. 1 c 8 § 3 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61 soltanto ai processi che riguardano l'aquisto dei beni avventizii, che è quanto dire, nel riguardo dell'eredità, alla *hereditatis petitio*, al *iudicium fam. erciscundae*, alla *querela inofficiosi testamenti* (loc. cit. pag. 372-88). Giustiniano però dice generalmente che quando il diritto sia acquistato il figlio si deve considerare proprietario e il padre non ha che il solo usufrutto e l'obbligo di assistere il figlio nei processi, senza che egli possa per regola intentare alcun processo senza il consenso di lui. È per ciò del tutto arbitrario distinguere qui fra processi che riguardano l'acquisto e processi che riguardano il patrimonio già acquistato.

zione [56]). Durante quella il figlio non può disporre del suo patrimonio nè fra vivi nè a causa di morte [57]) ed ha così su di esso un diritto minore di quello delle persone soggette a tutela [58]), non ostante che il padre sia, per ciò che riguarda l'obbligo d'amministrazione e conservazione del patrimonio del figlio, obbligato alla pari d'un tutore [59]) e non abbia più dopo la morte del figlio diritto di acquistare il patrimonio *iure peculii* [60]), ma su quei beni si apra la successione intestata come su quelli di una persona *sui iuris* [61]);

---

[56]) L. 6 § 3 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61.

[57]) L. 8 § 5 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61. Il figlio di famiglia non può far testamento neppure col consenso del padre. Vedi il testo sopra citato e L. 11 Cod. *qui test fac. poss.* 6, 22, pr. I. *quibus non est perm. fac. test.* — Su ciò e sulle modificazioni di questo principio vedi § 1407 del *Commentario* nel vol. I di questo libro XXVIII.

[58]) Gli impuberi erano incapaci di testare, § 1 I. *quibus non est perm.* 2, 12, ma non perchè fossero soggetti a tutela, perocchè in tal caso anche le donne soggette a tutela avrebbero dovuto esser incapaci di far testamento, e noi sappiamo invece il contrario da Gaio, II, 112, 113 e da Ulpiano XX, 15, bensì perchè a loro mancava la necessaria maturità d'intelletto o, come dice il citato passo delle Ist. « quia nullum eorum animi iudicium est ». È noto anche come pertanto i minori potessero testare dopo raggiunta la pubertà non ostante che fossero soggetti a curatela.

[59]) L. 1 Cod. *de bonis mat.* 6, 60. Il Marezoll, *Loc. cit.* pag. 389 e seg., vuol limitare la disposizione che il padre debba prestare *omnem diligentiam* ai soli beni materni. Ma le costituzioni posteriori in sostanza non sono che una estensione del diritto dei *bona materna* a tutti gli acquisti del figlio. Quanto poi all'esonero dall' obbligo del rendimento di conti formale, esso si concilia benissimo coll'obbligo della prestazione della diligenza, e la concessione di una ipoteca tacita sul patrimonio del padre per ciò *quod male gestum est* (L. 6 in f. Cod. *de bonis quae liberis*, 6, 61) indica chiaramente che il padre deve amministrare nel modo ordinario, cioè con diligenza.

[60]) L. 3 Cod. *de bonis quae liberis*, 6, 61.

[61]) L. 11 Cod. *Comm. de succ.*, 6, 59, L. 3, 4 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61, L. 6 § 1 *eod.* Confr. Loehr, *von der Succession in ein peculium* (Della successione nel peculio) nel *Magazin für Rechtswissenschaft* (Magazzino di giurisprudenza e legislazione) di lui e del Grolman, vol. IV, div. 7, pag. 105 e seg. Witte, *Disp. de luctuosis hereditatibus*, Vratislaviæ 1824, pag. 9-14. Vedi sopra pag. 136 del vol. precedente.

c) nell'acquisto di eredità i figli di famiglia sono di solito tenuti a richiedere il consenso del padre [62]).

Anche questa è conseguenza della patria potestà come in generale il diritto di tutela del padre sul patrimonio, che è in sostanza proprietà del figlio, e così è che anche i testi delle Pandette in base ai quali il figlio di famiglia acquista *iussu patris* una eredità deferitagli hanno ancora valore pratico; in particolare ciò deve dirsi della disposizione secondo la quale *si ex duobus filiis unum iusserit debebit et alium filium iubere adire* [63]). Se pertanto più figli siano istituiti, il consenso del padre ha effetto alla condizione che sia dato per tutti e sarebbe perciò inefficace se si limitasse all'uno o agli altri degli eredi istituiti, nello stesso modo se un unico erede istituito volesse accettare l'eredità per una metà rinunciandovi per l'altra. Il figlio però non può essere più costretto ad adire l'eredità come nel tempo nel quale il padre acquistava per mezzo di lui [64]). nè l'acquisto di quest' ultimo può essere impedito per il rifiuto del consenso paterno [65]). Se per tanto nel caso sopra accennato di istituzione di più figli il padre desse il suo consenso ad uno soltanto di essi, tale consenso sarebbe privo di effetti, ma ogni figlio potrebbe sempre adire l'eredità per conto suo. Lo stesso vale pel caso che il padre e il figlio sieno istituiti insieme; anche in tal caso il consenso del padre è necessario per l'adizione per parte del figlio [66]), ma l'acquisto per quest' ultimo non è legato necessariamente a tal consenso (nota 65). Inoltre in tal caso il mandato dato al figlio dà luogo anche all' acquisto per il padre della

[62]) L. 8 pr. § 1 Cod. *de bonis quae lib.*, 6, 61. Vedi sopra pag. 465 e seg. Confr. Marezoll, *loc. cit.* pag. 383 e seg., il quale anche qui ripete il suo concetto sul diritto del padre sui beni avventizi, affermando che il padre e il figlio acquistano insieme l'eredità; e per ciò tutti e due debbono adire.

[63]) L. 35 § 2 D. *de acq. vel om. her.* 29, 2.

[64]) Per ciò il padre è libero di acquistare per sè quando il figlio non voglia acquistare l'eredità. L. 1 pr. § 1 2 Cod. *de bonis quae lib.* 6, 61.

[65]) L. 1 § 1 in f. C. *de bon. quae lib.*

[66]) L. 36 D. *de acq. vel om. her.*

propria parte [67]), perchè questo contiene una sufficiente dichiarazione della volontà di acquistare anche per sè, viceversa però il padre è escluso, quando la condizione a lui apposta non si sia avverata [68]). Soltanto non si può più ammettere che in questo caso il padre acquisti il tutto mediante l'adizione del figlio, si deve anzi ritenere che quest'ultimo acquisti tutto per sè *iure accrescendi*. Ma se anche fosse vera l'affermazione che l'istituzione di un padre insieme con quella delle persone a lui soggette debba considerarsi come l'istituzione di una persona unica con una prevalenza riconosciuta al padre in maniera che l'istituzione della persona a lui soggetta resti in certo modo assorbita da quella del padre, e se fosse vero perciò che l'adizione della persona soggetta non possa avere efficacia nel caso che quella del padre sia invalida o inefficace [69]), tutto ciò non sarebbe più applicabile perchè secondo il diritto nuovo il diritto ereditario del figlio non può essergli tolto dal padre. Il vero è però che l'influenza della patria potestà non arrivò mai a tanto; i figli e gli schiavi acquistavano pel padre, ma in tutto il resto le istituzioni di ciascuno erano indipendenti [70]).

---

[67]) L. 26 D. *eod.*

[68]) L. 35 § 1 D. *eod.*

[69]) Vedi Mayer, *Das Anwachsungsrecht* (Il diritto di accrescimento), pag. 26 e seg.

[70]) L'opinione che l'istituzione di un padre e dei suoi figli debba riguardarsi come l'istituzione di una persona unica, in modo che essa possa valere solo se vale nel riguardo del padre non è neppur confermata dalla seguente decisione di Giustiniano: Il testatore avea detto: *Titius una cum filiis suis et Sempronius heredes mihi sunto*. Giustiniano decide che l'eredità vada per metà a Sempronio, per metà a Tizio insieme ai figli, *cum natura pater et filius eadem esse persona intelligantur*. L. ult. Cod. *de impub. et aliis subst.* 6, 26. Il padre e i suoi figli non potevano in questo caso pretendere tutti insieme che una porzione perchè essi erano *coniuncti;* la ragione addotta da Giustiniano non è dunque necessaria nè esatta. Meno ancora però si potrebbe trarne la conseguenza che la validità e l'efficacia di una istituzione d'erede del figlio dipenda da quella del padre.

§ 1438.

Singoli motivi d'incapacità.

I. *Incapacità assoluta.*

Nella esposizione che segue delle singole cause che impediscono la testamentifazione passiva, noi seguiremo la distinzione consueta fra cause assolute, cioè motivi d'incapacità vera e propria, e cause relative, che si potrebbero indicare più esattamente come semplici limitazioni del diritto di ricevere eredità. Per ciò che riguarda le prime distinguiamo quelle che sono collegate col principio *incerta persona heres institui nequit* dalle altre, perchè quelle tanto per la loro importanza, quanto per la loro colleganza con altre teoriche meritano una trattazione speciale.

Secondo il diritto romano, che anche qui costituisce naturalmente la base della nostra trattazione, erano esclusi:

1.° Gli stranieri [11]). Questa esclusione non è stata tolta nè dal diritto romano nuovo, nè dall'Autentica *omnes peregrini* Cod. *communia de successionibus* 6, 59 perchè in questa non si fa che concedere agli stranieri la libertà di domiciliarsi nello Stato e il diritto di disporre per testamento del loro patrimonio. Tuttavia gli stranieri non sono più considerati incapaci di succedere, nonostante che il loro diritto di acquistare sia anche in questo riguardo soggetto di solito a varie limitazioni, alle quali appartiene in particolar modo la detrazione, alla quale sono soggetti a titolo di tassa o di ritenuta le eredità e i legati che vanno all'estero [12]).

2.° I condannati a morte e in generale tutti i condannati a una pena capitale, vale a dire a una pena collegata colla *capitis*

---

[11]) L. 6 § 2 D. *h. t.* — ULPIANO, *Fragm.* Tit. XXII, 6. GAIO, *Inst.* Lib., II. § 285.

[12]) *Diritto territoriale prussiano*, parte II, tit. 17 § 161 e seg. Confr. EICHHORN, *Einleitung in das Deutsche Privatrecht* (Introduzione al diritto privato tedesco) § 78, 4a ediz. MITTERMAIER, *Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts* (Principii di diritto privato comune tedesco) § 102, 4a edizione.

deminutio magna [73]). L'incapacità del condannato a morte o alla schiavitù è espressamente dichiarata come conseguenza della *servitus poenae* [74]). Ora poichè la *servitus poenae* non esiste più [75]) viene a mancare così anche questo motivo di incapacità [76]), almeno finchè si parla della applicazione del diritto romano.

(Pei diritti moderni vedi il testo alle note 79-83). Circa i deportati e quindi anche per gli esiliati, è detto *si heredes scribuntur tamquam peregrini capere non possunt* [77]); da ciò segue che questi non possono più essere considerati oggi incapaci in modo assoluto così come non lo sono più gli stranieri. Pure finchè fu in vigore il Bando dell'impero naturalmente la persona dichiarata in esso del tutto priva di diritti non poteva essere capace di succedere [78]). Molte leggi moderne conoscono parimenti l'istituto della morte civile, ovvero la perdita della capacità dei diritti a titolo di pena [79]), sebbene questa non avvenga sempre per le

---

[73]) L. 13 pr. D. *de Bon. poss.* (XXXVII, 1). L. 3 pr. e § 1 D. *de his, quae pro non scriptis habentur* (XXXIV, 8). L. 1 C. *de heredib. inst*, (VI, 24).

[74]) L. 1 pr. D. *de his, quae pro non scriptis hab.* — « nam poenae servus est ».

[75]) Vedi pag. 340 del vol. presente e gli scritti ivi citati.

[76]) HOFACKER, *Principia iuris civilis Romani Germanici*, II, § 1290, nota *a*. GUENTHER, *Principia iuris privati romani novissimi*, § 735, nota *b*. I motivi pei quali noi abbiamo sopra a pag. 341 ammesso la perduranza dell'incapacità di testare dei condannati a morte, almeno pel caso che alla condanna fosse aggiunta anche la confisca del patrimonio, non si adattano al caso presente. Quando infatti alcuno perde in generale il diritto di disporre del suo deve anche ncessariamente perdere il diritto di fare disposizioni di ultima volontà, la perdita della capacità di acquistare invece è una conseguenza della *servitus poenae* e non può quindi seguitare ad esistere, quantunque ogni acquisto del condannato sino alla realizzazione della confisca sia sottoposto, per quanto almeno la logica importerebbe, alla confisca stessa alla pari di tutto il patrimonio già esistente.

[77]) L. 1 C. *h. t.*

[78]) *Andr.* GAILL, *de pace publica*, Lib. II, cap. XII Nr. 3. LAUTERBACH, *Colleg theor. pract.*, Lib. XXVIII, Tit. II, et V § 8 n. 3

[79]) KLEINSCHROD, *Ueber den bürgerlichen Tod als Criminalstrafe* (Sulla morte civile come pena criminale), nell'*Archiv des Criminalrechts* (Archivio di diritto criminale), vol. II, diss. III.

stesse cagioni. Così secondo il diritto francese essa ha luogo per ogni condanna alla morte naturale, ai lavori forzati a vita ed alla deportazione [80]), secondo il diritto penale austriaco per il primo di questi motivi e inoltre per la condanna al carcere duro [81]), secondo il diritto bavarese per la sola condanna ai ferri [82]). L'effetto della morte civile è simile a quello della *servitus poenae* dei romani e, in particolare per ciò che riguarda la capacità di acquistare, questa si perde e quindi anche la capacità di succedere [83]).

3.° Per una costituzione dell' imperatore Arcadio dell'anno 397 [84]) è tolta la capacità di succedere non soltanto ai colpevoli di alto tradimento, ma anche ai loro figli.

« Filii eius, quibus vitam imperatoria levitate concedimus, (paterno enim deberent perire supplicio, in quibus paterni, hoc est hereditarii criminis exempla metuuntur [85]), *a materna, vel avita, omnium etiam proximorum hereditate ac successione habeantur alieni, testamentis extraneorum nihil capiant,* sint perpetuo egentes et pauperes, infamia eos paterna semper comitetur, ad nullos prorsus honores, ad nulla sacramenta perveniant, sint postremo tales, ut his perpetua egestate sordentibus sit et mors solatium, et vita supplicium » [86]).

---

[80]) Cod. penale, art. 18, 23.

[81]) Codice dei delitti, § 23.

[82]) Codice penale Bavarese, Parte I, art. 7.

[83]) Kleinschrod, loc. cit. 7.

[84]) L. 5 C. *ad Leg. Iul. majest.* (IX, 8), ovvero, L. 3 Th. C. *ad Legem Cornel. de sicariis.* (IX, 14).

[85]) Il motivo di questa legge tutt'altro che naturale è il timore che i figli seguano le orme del padre e ne ereditino i sentimenti criminali; la legge vuol togliere loro i mezzi per ciò. Vedi la Glossa di Accursio *in quibus* ad h. l. Brunnemann, *Comm.* ad h. l. n. 14. Altri ne cercano invece il motivo nel desiderio di togliere ai figli i mezzi per vendicare la morte del padre. Hartitzsch, *Das Erbrecht nach roem. und heutigen Rechte* (Il diritto ereditario secondo il diritto romano e il diritto moderno), § 24 n. 3. Quest' opinione però non ha certo fondamento nelle parole della legge.

[86]) L. 5, § 1 C. *ad Leg. Iul. maj.*

Soltanto le figlie hanno diritto a una falcidia sull'eredità della madre, abbia essa fatto testamento o sia morta *ab intestato* [87]), letteralmente dunque hanno diritto a un quarto, il che indica senza dubbio qui come in altri casi la legittima [88]). I nipoti non sono nominati e perciò la maggior parte degli interpreti ammette con ragione che questa legge singolare non si debba estendere ad essi. È questione molto discussa particolarmente dagli antichi interpreti del Codice, se le eredità spettanti ai figli del delinquente vadano agli eredi intestati del testatore oppure al fisco. Molti ammettono quest'ultima opinione [89]), ma più esatto è il concetto di coloro che preferiscono gli eredi intestati al fisco perchè i figli non sono propriamente colpiti dalla pena o dichiarati indegni, ma sono semplicemente esclusi come incapaci [90]). Alcuni ritengono che questa costituzione sia ancora in vigore. [91]). Ma altri ammettono con ragione l'opposto [92]).

4.° Sono incapaci gli eretici [93]) e gli apostati [94]). Nella costituzione di Teodosio II è enumerata una lunga serie di eretici i quali sono incapaci di ricevere tanto per disposizione di ultima volontà quanto per atto tra vivi; nella novella 115 capo 3 § 14 è prima di tutto indicato come motivo di diseredazione l'allontanamento dell'erede necessario dai dogmi stabiliti nei quattro sinodi principali di Nicea, Costantinopoli, il primo di Efeso e Caledonia. Segue poi l'affermazione che le leggi anteriori contro gli eretici

---

[87]) L. 5, § 3 C. *eod.*

[88]) C. Brissonius, *de V. S.* voce Falcidia § 4. — Cujacii paratitla in Cod. ed. Neapol. T. II, p. 589. *Cypr. Regn. ab* Oosterga comment. in Cod. ad. h. l.

[89]) Vedi per es. Cino, Saliceto ad h. l. C.

[90]) *Ant.* Perez prael. in Cod. tit. ad leg. Jul. maj. n. 25.

[91]) Così il Brunnemann ad h. l. Lauterbach, *Collegium theor. pract. Pandectarum*, lib. XXVIII, tit. 2, 5, § 8, 6: Rosshirt, *Einleitung in das Erbrecht* (Introduzione al diritto ereditario), Landshut 1831 pagina 59, n. 3.

[92]) C. Perez I. cit. n. 25. *Sim. a* Groenewegen, *Tr. de legib. abrog. et inusitat.* ad. h. l. Oosterga, ad. eund. l.

[93]) L. 5 C. *de haeret. et Manich.* (l. 5), ovvero L. 65, § 3 Th. Cod. *eod.*

[94]) L. 3 C. *de apostat.* (l. 7), o L. 4 Th. *de apostat.* (XVI, 7).

debbano restare in pieno vigore e le disposizioni testamentarie a favore di quelli che si sono allontanati dalla chiesa cattolica non debbano valere. Non v'è perciò dubbio che non solo alcune specie di eretici debbono essere escluse, ma tutti coloro che possono considerarsi eretici secondo i principii della chiesa ortodossa [95]). Questi poi non hanno soltanto la *incapacitas capiendi*, ma anche la vera incapacità di succedere. Se su questo punto restasse ancora un dubbio secondo la costituzione di TEODOSIO [96]), questo sarebbe tolto dalla novella la quale distingue espressamente fra eresia esistente al tempo del testamento ed eresia sopravvenuta. Nel primo caso il testamento è nullo, nel secondo l'istituzione deve rimaner valida se l'erede al momento della delazione sia ritornato alla fede ortodossa [97]), di maniera che noi ritroviamo qui una completa applicazione del principio di diritto secondo il quale la capacità deve esistere al momento della confezione del testamento e al momento della delazione. In una costituzione degli imperatori TEODOSIO I, VALENTINIANO e ARCADIO che riguarda gli apostati o quelli che hanno abbandonato la fede ortodossa è detto espressamente che coloro che abbandonano la vera fede cristiana per darsi ad una setta eretica *testamenti non habeant factionem, nulli in*

---

[95]) BUCHHOLTZ, *Wem ist zur Strafe die testamentifactio entzogen und wer ist intestabilis* (A chi sia tolta la testamentifazione per pena e chi sia intestabilis), nelle *Iuristische Abhandlungen* (Dissertazioni giuridiche), diss. n. V, cerca di mostrare che non tutti gli eretici, ma soltanto i Manichei e i donatisti fossero dichiarati incapaci di far testamento (pag. 119 e seg.). Questa opinione si concilia difficilmente colla L. 65 § 3, 4, Th. Cod. *de haereticis*. Comunque si pensi però è certamente inesatta l'opinione di questo scrittore che anche l'incapacità di succedere si limitasse a quelle sole sette di eretici (pag. 127-119, nota 29); contro di essa stanno i testi citati sopra alla nota 39.

[96]) La L. 65 § 3 Th. Cod. *de haereticis* come la L. 5 Iust. Cod. *de haeret.*, che da essa è tratta, non parlano propriamente dell'incapacità a succedere degli eretici, ma soltanto dell'invalidità delle donazioni e delle disposizioni di ultima volontà fatte a favore delle così dette chiese ed eretici.

[97]) Nov. 115 cap. 3 § 14: « si vero posthac... ab ecclesia separati ad eam conversi fuerint, etc. » (Vulgata).

hereditate succedant, a nemine scribantur heredes [98]): è dunque detto letteralmente e in modo indubitato che essi mancano della vera e propria capacità di succedere. Se ora ci facciamo ad esaminare il significato pratico odierno di queste disposizioni, è certo che le opinioni di GIUSTINIANO e de' suoi predecessori sulla ortodossia e sulla eresia sono estranee ai concetti moderni e non contengono quindi alcuna regola che valga per la vita dei nostri tempi [99]). L'applicazione di quelle leggi però non può escludersi del tutto perchè l'eresia e l'abbandono dalla retta fede cristiana come motivi generali di incapacità non sono concetti estranei al nostro diritto, soltanto noi non possiamo cercare la norma per determinare che cosa sia giuridicamente l'eresia nei dogmi religiosi delle singole confessioni particolari, ma la troviamo scritta in una legge dell'impero, essendo nel trattato di pace di Westfalia stabilito che oltre le confessioni nominate in esso nessun'altra possa essere ricevuta o tollerata in Germania [100]). Anche nelle antiche leggi particolari l'eresia è considerata ancora come un delitto e come un motivo pel quale manca la capacità testamentaria [1]). Tuttavia nei tempi moderni si è venuti allontanandosi sempre più dall'opinione che il seguire una data fede sia per sè solo un delitto, e si è finito poi coll'abbandonarla [2]) perchè avendo l'incapacità degli eretici e degli apostati il suo fondamento nel concetto che l'eresia e l'apostasia sieno atti delittuosi e punibili, questo motivo di incapacità non deve più valere [3]).

---

[98]) L. 3 Cod. *de apostatis* 1, 7.

[99]) WESTPHAL, *Theorie des R. R. von Testamenten* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano), § 567. Lo stesso vale anche per l' autentica di Federico, *credentes*, Cod. *de haereticis*, 1, 5.

[100]) Instr. Pac. Westph. Art. VII § 2 a. STRYK, *Caut. testam.* Cap. III, § 60.

[1]) Così, per esempio, il Diritto territoriale del Würtemberg del 1610.

[2]) EICHHORN, *Grundsätze des Kirchenrechts des catholischen und evangelischen Religionspartei in Deutschland* (Principii di diritto ecclesiastico cattolico ed evangelico tedesco), vol. II, pag. 116-119; HEFFTER, *Lehrbuch des gem. deutschen Criminalrechts* (Trattato di diritto criminale comune tedesco) § 416.

[3]) WAECHTER, *Ueber Testirungfähigkeit wegen begangener Verbrechen* (Sull' incapacità di testare come pena del delitto), nell'*Archiv für die civ.*

5.° Deve nominarsi qui anche la vedova che si sia sposata nel così detto anno di lutto [4]). Di solito questo caso si passa del tutto sotto silenzio oppure se ne tratta soltanto fra le incapacità relative [5]), ma la L. 1 Cod. *de secundis nuptiis* dice in modo generale: « *Omnium* praeterea *hereditatum,* legatorum, fideicommissorum, *suprema voluntate relictorum,* mortis causa donationum *sit expers* » e dispone infine che essa non possa succedere *ab intestato* se non ai parenti entro il terzo grado. La novella 22 capo 22 conferma le pene precedenti soltanto nel riguardo degli acquisti mediante atto di liberalità dichiarando « nec liberalitatem *ab extraneo* percipiet, nec *ab ullo extraneo* aut hereditatem, aut fidei-commissum, aut legatum accipiet ».

Non è detto che s'intenda qui per estraneo; ma se si connette a ciò il principio precedente secondo il quale la vedova deve perdere tutto ciò che ha ricevuto dal marito defunto, è chiaro che le parole seguenti *sed nec ab extraneo* non possono essere intese nel senso che essa possa acquistare per testamento dai parenti, bensì nel senso che essa non può ricevere nulla per disposizione di ultima volontà nè dal marito nè dagli altri [6]). Ma anche se si volesse ammettere ch'essa potesse ereditare per testamento anche dai parenti entro il terzo grado, cosa per la quale non vi sono ragioni sufficienti, questo limitato impedimento alla successione si dovrebbe tuttavia considerare sempre come una vera incapacità, perchè sarebbe sempre per regola negata alla vedova la capacità di succedere

---

Praxis (Archivio della pratica civile), vol. XVII, diss. XIV, n. 5, pagina 439. Non occorre osservare che la trattazione ivi fatta soltanto con riguardo alla capacità testamentaria attiva si applica anche alla capacità di succedere. Confr. anche Puchta, *System des gem. Civilrechts* (Sistema di diritto civile comune), pag. 257 nota 2*b*.

[4]) L. 1 Cod. *de secundis nuptiis*, 5, 19, nov. 22, c. 22. Confr. § 1217 del *Commentario*, Vol. XXIV, pag. 192 seg. dell'ediz. tedesca.

[5]) Vedi per esempio Puchta, *loc. cit.*, n. 2. L'incapacità, di cui è parola, è posta però fra le assolute anche dal Hofacker, *Principia iuris civilis*, T. II, § 1290.

[6]) Vedi il mio *Lehrbuch des Pandectenrechts* (Trattato del diritto delle Pandette), Vol. III, § 542, n. II, alla nota 11.

per testamento è concessa solo per eccezione. Del resto la disposizione penale si estende com'è noto anche alla donna che sia rimasta incinta entro l'anno del lutto senza aver contratto matrimonio, oppure abbia sposato dopo il decorso dell'anno, ma prima di aver chiesto la nomina di un nuovo tutore e di aver reso a questo i conti, non ostante che essa avesse assunto la tutela sui figli con la assicurazione giurata di non volersi rimaritare [7]). Già in un altro luogo del *Commentario* però abbiamo con argomenti prevalenti [8]) dimostrato che queste pene non sono più applicabili quando non abbiano riguardo ai diritti dei figli [9]) ([o]).

6.° Sulla incapacità delle comunità israelitiche si trova la seguente disposizione in un rescritto dell'imperatore ANTONINO CARACALLA: « Quod Cornelia Salvia universitati Iudaeorum, qui in Antiochiensium civitate constitui sunt, legavit, peti non potest » [10]). Spesso questo rescritto si spiega nel senso che l'*Universitas Iudaeorum* non avesse i diritti di una persona giuridica e che essa fosse soltanto una società tollerata, ma non riconosciuta dallo Stato [11]), o pure si mette questa disposizione nella categoria delle incapacità delle comunità illecite [12]). Ma che le società, le quali non erano per-

---

[7]) Nov. 39 c. II, LOEHR nel *Magazin* (Magazzino di legislazione e giurisprudenza) di lui e del GROLMAN, Vol. III, pag. 523 seg. MÜHLENBRUCH, *Trattato delle Pandette*, 542, cit.

[8]) E sopra tutto per la dichiarazione generale del cap. 5 X. *de sec. nuptiis*, 4, 21.

[9]) Vol. XXIV, pag. 197 seg. dell'ed. tedesca.

[10]) L. 1, Cod. *de Iudaeis et coelicolis*, 1, 9.

[11]) Vedi BRUNNEMANN, *Comm. ad. h. l.* e fra i moderni DIRKSEN, *Ueber den Zustand der iuristischen Personen nach Roem. Recht* (Sulla condizione delle persone giuridiche nel diritto romano) nelle sue *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile), vol. II, diss. I, pag. 142 seg.

[12]) Così il GUENTHER, *Principia iuris romani privati novissimi*, T. II, § 735 nota s.

---

o) Il Codice civile italiano sancisce, com'è noto, all'art. 128 la pena della decadenza da ogni donazione, lucro dotale e successione che provengano dal primo marito per la donna che sia passata a seconde nozze prima che siano trascorsi i dieci mesi dallo scioglimento o annullamento del matrimonio precedente.

sone giuridiche, e tanto più le società non permesse fossero incapaci, era cosa intuitiva perchè ad esse mancava in generale la capacità giuridica. Si può bensì ammettere che si sia ritenuto necessario di proibire disposizioni l'invalidità delle quali s'intendeva già da sè, per la ragione che esse avvenivano troppo di frequente, massime pei membri di una società religiosa, la quale non era proibita e neppure semplicemente disistimata, ma si distingueva per tante particolarità che i soci di essa non potevano essere troppo benevisi e per ciò stesso si tenevano più vicini fra loro e facevano volentieri sacrifizio del proprio per consolidare la loro unità e perseguitare gli scopi comuni. Inoltre poteva molto facilmente nascere l'opinione che un diritto che era riconosciuto come generale per tutte le comunità spettasse anche ad una società che esisteva come tale pubblicamente; il rescritto di CARACALLA per tanto non prova ancora che le comunità israelitiche avessero la personalità giuridica. Mancano però anche motivi sufficienti per sostenere l'opinione contraria [13]) e si possono anzi addurre alcuni argomenti per l'opinione che la comunità israelitica avesse i diritti di una persona giuridica, in particolare questo, che secondo un altro rescritto di CARACALLA gli ebrei sono dichiarati capaci di rivestire onori, coll'osservazione però che essi siano obbligati soltanto ad adempiere gli obblighi che sono compatibili con le loro convinzioni religiose [14]). Questo riconoscimento del pieno diritto agli

---

[13]) Il DIRKSEN, *loc. cit.*, ritiene che la costituzione attribuisca il diritto di successione soltanto ai singoli membri, ma che questo sia l'indizio che si tratti di un collegio illecito. Nella legge però non si parla affatto dei membri, essa dice soltanto che il legato alla *universitas* è nullo. Più grave sarebbe il fatto se al tempo dei giureconsulti delle Pandette la concessione di *sacra* comuni fosse stata la condizione fondamentale dell'esistenza della personalità giuridica per una *universitas*. Ma questo requisito non può con certezza provarsi che pei primi tempi. Cons. DIRKSEN, *loc. cit.* pag. 23 seg.

[14]) L. 3, § 3 D. *de decurionibus*, 50, 2. Questo diritto è il fondamento anche della dichiarazione di MODESTINO che gli Ebrei avessero l'obbligo di assumere le tutele e altri oneri, perchè i loro privilegi riguardo ai *munera* aveano la loro base nel rispetto alle loro convinzioni religiose. L. 15 § 6 D. *de excusat.* 27, 1.

onori per parte dei membri delle società israelitiche congiunto col riguardo ai loro doveri e rapporti come tali è certamente un argomento non insignificante per ammettere che la comunità degli israeliti avessero già il diritto delle corporazioni giuridiche [15]). Di ciò non si può dubitare pel tempo posteriore benchè i diritti degli ebrei fossero diminuiti [16]), perocchè come avrebbe altrimenti potuto parlarsi dei capi delle comunità israelitiche e dei diritti a loro competenti come tali? [17]) Se si parte dal concetto che la L. 1 Cod. *de iudaeis* si debba spiegare colla mancanza di personalità delle comunità israelitiche, questa legge non ha alcun significato o deve esserle attribuito un significato diverso da quello originario. Questa cosa dovrebbe ammettersi senza dubbio come di tanti altri principii giuridici, i quali nel nuovo diritto assumono un significato del tutto diverso da quello che avevano in origine [18]). Tanto più facilmente però si deve spiegare il testo dal punto di vista che le comunità israelitiche avessero già al tempo dell'emanazione del rescritto la personalità giuridica. La capacità di succedere non era forse neppur nel diritto nuovo un diritto naturale delle persone giuridiche [19]), in origine anzi esse non l'avevano affatto [20]) e al tempo dei giuristi classici esse potevano ricevere soltanto dei legati [21]). Già sotto l'imperatore MARCO AURELIO era stabilito il principio che si potesse validamente legare ad un *corpus cui licet coire* [22]). Ma dallo spi-

---

[15]) In questo senso anche il CUIACIO, *Observationes*, VII, c. 30.

[16]) Vedi in particolare L. 6, L. 7, 16, 18, 19, Cod. *de iudaeis*, L. 21 Cod. *de haereticis*, 1, 5, nov. 109.

[17]) Vedi in particolare L. 15, L. 17 Cod. *de Iudaeis*. Cons. anche ZIMMERN, *Geschichte des Roemischen Privatrechts* (Storia del diritto privato romano), Vol. I, Parte I, § 130, pag. 470 nota 5.

[18]) Vedi le mie *Pandette*, I, § 67.

[19]) È almeno molto dubbio che le parole della L. 8 Cod. h. t.: « collegium si nullo speciali privilegio subuixum sit » siano da riferirsi alla costituzione dell'*universitas* e non a uno speciale privilegio di capacità di succedere. Vedi § 1438 *b*.

[20]) Confr. DIRKSEN, *loc. cit.* pag. 129 seg.: per maggiori particolari vedi infra § 1438 *b*.

[21]) DIRKSEN, *loc. cit.* pag. 140 seg.

[22]) L. 20 D. *de rebus dubiis*, 34, 5.

rito di corporazione degli ebrei si temeva che esso colle frequenti e ricche elargizioni tendesse ad aumentare il patrimonio della comunità e in questo modo procurare a sè e ai suoi una soverchia influenza sulla vita pubblica. Così la disposizione di CARACALLA appare già sufficientemente spiegata e giustificata anche se la si consideri come una limitazione di un diritto già competente alle comunità israelitiche come tali. In ogni caso questa spiegazione deve essere ritenuta oggi per buona, perchè le comunità israelitiche sono riconosciute come persone giuridiche e come tali dovrebbero avere anche la capacità di succedere [23]). Non vi è del resto alcun dubbio che con la costituzione si neghi la vera capacità di succedere dell'*universitas iudaeorum*, perchè il rescritto appartiene ad un tempo in cui il diritto di successione delle persone giuridiche si limitava per regola alla facoltà di ricevere qualche cosa per titolo di legato. A torto però alcuni designano questo motivo d'incapacità come semplicemente relativo esprimendolo con questa frase, che un testatore cristiano non può istituire erede una comunità israelitica [24]). Nella legge non c'è nulla onde potere argomentare che la disposizione debba venire da un testatore cristiano, essa deve dunque intendersi ed applicarsi in senso generale. Altrettanto infondata però è l'opinione sostenuta talvolta senza addurre argomenti che gli ebrei siano stati dichiarati incapaci in modo assoluto di succedere dal rescritto di CARACALLA [25]). Si sogliono anche nominare fra le società alle quali è negata la capacità di succedere le società illecite [26]); ma questo è superfluo,

---

[23]) Ciò è fuor di dubbio pel diritto oggi vigente. Vedi § 1438 *b*.

[24]) Così HOEPFNER, *Comm.* § 486, n. 4 e HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto ereditario), § 26, n. 2.

[25]) Così HELLFELD, *Iurisprudentia forensis*, § 1438, n. 3. Confr. BRUNNEMANN ad *l. 1* Cod. *de iudaeis*; WERNHER, *Lectissimae Commentationes in Pandectas*, pars II, ad tit. *de her. inst.* § 2.

[26]) LAUTERBACH, *Collegium theor. pract. Pand.* T. II, lib. XXVIII titolo 2, 6, § 8, n. 7; HOFACKER, *Principia iuris civilis romani germ.* II, § 1290; THIBAUT, *Pandette*, II, § 944; GUENTHER, *Principia iuris romanis privati novissimi*, T. II, § 735, I, a, 5.

perchè, come abbiamo già sopra accennato, dove manca la personalità non si può parlare di capacità di acquisto [27]).

Molto dubbio appare invece un altro preteso motivo di incapacità, che di solito però è passato sotto silenzio, ed è quello per il quale sono dichiarati incapaci di succedere i condannati per diffamazione [28]). S'invocano a questo proposito i testi nei quali è detto che i diffamatori divengono *intestabiles* [29]), la spiegazione che Gajo [30]) dà della parola *intestabilis* e infine l'autorità di Teofilo il quale così dice circa *l'improbus intestabilisque:* « Oderunt hunc leges, *neque permittunt eum quid capere ex alieno testamento,* neque dant ei testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse, alio testamentum condente [31]) ».

Non si può certamente negare che la spiegazione della parola *intestabilis, neve ipsi testimonium dicatur* si possa benissimo riferire anche all'erede perchè la testimonianza nel testamento riguarda anche l'erede stesso [32]). Anche nell'autentica di Federico *credentes* Cod. *de haereticis* si trova usata la stessa espressione nel medesimo significato. Ivi è detto che chi ricovera o favorisce degli eretici *sit etiam intestabilis ut nec testandi liberam habeat*

---

[27]) Confr. anche la nota 19.

[28]) Bachovio *ad Inst.* II, 10, 6, n. I. Schweppe, *Roem. Privatrecht* (Il diritto privato romano nella sua applicazione attuale) ed. da Meier, Vol. V, § 788, n. 6, pag. 46 : Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), Vol. III, libro V., § 44, n. 2.

[29]) L. 21 pr. D. *de testib.* (XXII, 5). « Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit ». L. 5 § 9 D. *de iniur.* 47, 10: « Si quis librum ad infamiam alicujus pertinentem scripsit intestabilis *ex lege* esse jubetur ». Per *lex* s'intende qui di solito la legge Cornelia *de iniuriis;* così anche lo scoliaste dei Basilici, T. VII, pag. 482 (ed. Fabrot.). Ulpiano invece attribuisce questa disposizione ad un senatusconsulto. — Vedi nota 36 — Confr. le note dello Schulting ed. Smallenburg, T. VII, Pars I, pag. 221, ma anche il Marezoll, *Ueber die bürgerliche Ehre* (Sull'onor civile), Giessen 1824, pag. 71 seg. nota 4.

[30]) L. 26 D. *qui test. fac. poss.* « ne eius testimonium recipiatur — — *neve ipsi dicatur testimonium* ».

[31]) Teophili, *paraphr. graecae Instit.* ad Lib. II, Tit. 10, 6 (ed. Reitz, p. 338).

[32]) Vinnius ad § 6 I. *de test. ordin.* n. 5.

facultatem nec ad hereditatis successionem accedat. Finalmente concorda con questa spiegazione anche quella che dà della medesima parola lo scoliaste di ORAZIO al libro II, satira 3ª, v. 181: *cui non licet testamentum condere vel testamento quid ab alio accipere* [33]).

Tutto questo però non autorizza ad alcuna conclusione sicura a riguardo della incapacità testamentaria dei diffamatori. Inoltre è anche da ammettere, almeno secondo le maggiori probabilità, che nel senso delle leggi delle dodici tavole fosse *intestabilis* colui che era dichiarato incapace di fare da testimone ad un atto solenne per essersi rifiutato di attestare l'esistenza di un atto al quale era stato chiamato come testimone [34]). È possibile che a costui fosse anche vietato di chiamare altri a far da testimoni in negozi formali da lui compiuti e quindi in altre parole di compiere tali atti e forse anche di acquistare in base ad essi. Così si venne anche ad ammettere l'etimologia della parola *intestabilis* insegnata da GAIO. Che il concetto in essa contenuto non fosse espresso in una legge, ma appartenesse alla dottrina, è provato dal modo di esprimersi di GAIO: « Quum lege quis intestabilis jubetur esse, eo pertinet, ne ejus testimonium recipiatur, *et eo amplius, ut quidam putant, neve ipsi dicatur testimonium* ».

Ma quando noi troviamo riferito il concetto di preferenza ai testamenti ciò deriva in gran parte dalla identità dell'etimologia colle parole *testamentum*, *testamenti factio*, in parte dal fatto che gli altri antichi negozi giuridici formali per mancipazione, nei quali pertanto vi era una testimonianza solenne, eran venuti a sparire a mano a mano o a perdere gradualmente d'importanza, mentre nei testamenti anche quando non erano fatti nell'antica

---

[33]) S'invoca qui anche la L. 9 pr. Th. Cod. *de haereticis*, 16, 5, dove anche del Manicheo è detto *intestabilis vivat*. I Manichei non avevano, è vero, la capacità di succedere, ma che qui l'espressione *intestabilis* sia da riferire soltanto al difetto di testamentifazione attiva, appare nel modo più chiaro dalla dilucidazione aggiunta: *nihil moriens relinquat indignis.... sed naturae restituat.* Per ciò non è affatto necessario ammettere collo SCHRADER ad Inst. lib. II Tit. 10 § 6, pag. 292, in f. che qui la parola *intestabilis* sia usata in senso improprio.

[34]) GELLIO, *Noctes atticae*, Lib. VI, c. 7; MAREZOLL, *loc. cit.* pag. 86 seg.

forma si era conservato molto di più dell'antico diritto riguardo al numero ed alla qualità dei testimoni [35]). Ma, si domanda ora, troviamo noi forse nelle fonti del Diritto romano espresso il concetto così: chi è dichiarato *intestabilis* non può essere testimone in un testamento, nè fare un testamento, nè ricevere nulla in base ad esso? Ciò deve negarsi in modo assoluto. Soltanto in un punto non si può dubitare della estensione del concetto originario e cioè per ciò che riguarda la capacità di testare. ULPIANO dice infatti: « Si quis ob carmen famosum damnatur, Senatusconsulto expressum est, ut intestabilis sit; *ergo* nec testamentum facere poterit, nec ad testamentum adhiberi » [36]). Questi effetti furono ritenuti così collegati l'un coll'altro che si argomentò in questo modo: quegli al quale è tolta la capacità di testare non può neppure essere testimone in un testamento [37]). Se anche l'incapacità di succedere fosse stata una conseguenza naturale della intestabilità, sarebbe stata riconosciuta in ogni caso: il silenzio delle nostre fonti deve dunque essere ritenuto tanto più facilmente una prova del contrario in quanto il toglimento di un diritto a titolo di pena non può essere ammesso senza espressa dichiarazione delle leggi [38]). Nè in contrario è decisivo il fatto che nella citata autentica di Federico *credentes* Cod. *de haereticis* il concetto di *intestabilis* sia esteso anche al difetto di testamentifazione passiva. Certamente colui che non poteva essere testimone nè far testamento, nè acquistare in base ad esso, era *intestabilis;* ma quando l'imperatore dice che gli eretici e i fautori degli eretici sono *intestabiles* nel senso che essi non possono acquistare per testamento, ciò non significa che l'incapacità di succedere per testamento sia di tutti quelli che per legge sono dichiarati *intestabiles*, bensì che questi *intestabiles* non possono neppure acquistare per testamento. Questo e non altro dice anche TEOFILO. Egli parla degli *intestabiles* ai quali nella legge delle dodici tavole è negato il diritto di fare da testimoni per essersi rifiutati

[35]) Confr. MAREZOLL, *loc. cit.*, pag. 91.

[36]) L. 19 § 1 D. *qui test. facere poss.*, 28, 1. Confr. sopra la nota 29.

[37]) L. 18 pr. Dig. *eod.* « Is cui bonis interdictum est testamentum facere non potest. . . . merito ergo nec testis ad testamentum adhiberi potest ».

[38]) Confr. MAREZOLL *loc. cit.* pag. 92 seg.

ad attestare l'esistenza di negozi giuridici precedenti ai quali erano intervenuti come testimoni e osserva anche che questi sono pure incapaci di succedere. Ma, si ritenga il suo racconto esatto o meno, nel diritto Giustinianeo non si trova traccia di incapacità di succedere per questo motivo, ed è certo che il principio che ogni *intestabilis* sia incapace di succedere non è espresso qui nè nell'autentica di Federico [39]).

L'incapacità di succedere dei diffamatori non riposa dunque su alcun argomento sicuro, ma se essa fosse fondata bisognerebbe fare ancora un passo e dire che tutti coloro che sono dichiarati dalla legge *intestabiles* mancano della testamentifazione passiva come dell'attiva, e non resterebbe che a domandarsi quali sieno gli *intestabiles* nel diritto romano e se i singoli motivi di intestabilità si debbano considerare ancora come tali. Queste questioni però possono esser passate qui sotto silenzio perchè sono già state toccate in occasione della trattazione sulla testamentifazione attiva [40]).

Invece non può qui, a conclusione della trattazione sulle cause di assoluta incapacità testamentaria, rimanere inosservata l'influenza che, a quanto sembra in ogni tempo, la mancanza del pieno onore civile esercitava sulla capacità di succedere o almeno sul diritto di acquistare per testamento [41]). Questa influenza da principio si manifestò, il più spesso, come in generale gli effetti dell'incapacità o della diminuita *existimatio*, soltanto in atti individuali di un magistrato, all'arbitrio del quale tutto era rilasciato [42]),

---

[39]) Confr. MAREZOLL, *loc. cit.*, pag. 92 -94, e pag. 353 del *Commentario* nel Vol. XXXIII dell'edizione tedesca. WARNKOENIG, *Comm. iuris Romani privati*, III, § 1000, nota 5.

[40]) Vedi il § 1407 *a* del *Commentario*, pag. 8 del Vol. I di questo libro, e pag. 330 seg. 341 di questo volume, e le dissertazioni più volte citate del BUCHHOLTZ, *Chi sia detto intestabilis* nelle sue *Iuristische Abhandlungen* (Dissertazioni giuridiche), n. V, e del WAECHTER, *Ueber Testirunfähigkeit wegen begangener Verbrechen* (Sull'incapacità testamentaria come pena pel delitto) nell'*Archiv. für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), volume XVII, diss. XIV.

[41]) MAREZOLL, *loc. cit.*, pag. 237 seg.

in particolare col togliere certi diritti in casi concreti [43]). A poco a poco ciò venne ad essere determinato con norme fisse, ed in ispecie colla legge Giulia e Papia Poppea e coi posteriori senatusconsulti e costituzioni imperiali. Così la massima parte dei motivi di indegnità si può ricondurre al principio che l'erede o il legatario manchino della stimabilità o della dignità morale [44]), in particolare però sono qui da enumerarsi le limitazioni alla capacità di succedere delle *mulieres probrosae*, cioè delle donne che macchiarono il loro nome e il loro sesso mediante un tenore di vita riprovevole. Con tal nome sono indicate innanzi tutte le donne turpi [45]), ma non queste sole; sembra che quest'espressione si adattasse a qualunque donna avesse mediante unioni sessuali macchiato il proprio onore muliebre (vedi n. 49). Con ciò il concetto viene ad avere qualche cosa di negativo senza però che ne resti

---

[42]) Apparteneva a tale arbitrio sopra tutto la *nota censoria* così straordinariamente efficace nei più antichi tempi. Vedi MAREZOLL, *loc. cit.* pag. 94 seg. § 3. La polizia dei costumi era esercitata però anche da altri magistrati, benchè sotto altre forme.

[43]) Così VALERIO MASSIMO, *Memorabilium*, lib. VIII, c. 7, n. 6, racconta che il console Mamerio Emilio Lepido ritolse la *bonorum possessio secundum tabulas* da lui data a certo Genucio perchè questi si era da sè stesso evirato « ne obscoena Genucii praesentia inquinataque voce tribunalia magistratum polluerentur ». Il testatore era un libertino e quello che ottenne dal console la rescissione della *bonorum possessio* era il patrono di lui. VALERIO MASSIMO però non ci dice se il testamento avesse violato il diritto di successione necessaria del patrono e se a quel tempo il patrono avesse già ottenuto una *bonorum possessio contra tabulas liberti*. Vedi SCHULTING, *Diss. de testamentis rescissis, ad Val. Maximum, lib. VIII c. VII* nelle sue *Commentationes academicae*, Vol. I, pag. 291-298. Qui però non si parla affatto di *bonorum possessio contra tabulas*, nè d'altronde al patrono è accordata qui soltanto la metà del patrimonio, alla quale avrebbe avuto diritto in caso di successione contro il testamento (§ 1 I. *de suc. libert.* 3, 7), e in fine la ragione qui esposta della decisione si è che Genucio aveva meritato l'esclusione pel suo agire immorale.

[44]) Confronta quanto è detto sopra.

[45]) L. 41 pr. D. *de ritu nuptiar.* (23, 2). « *Marcellus* Lib. XXVI *Dig.* Probrum intellegitur etiam in his mulieribus esse, quae turpiter viverent, vulgoque quaestum facerent, etiamsi non palam ». Secondo la giusta osservazione del BRISSONIO, *ad legem Iuliam de adulteriis liber*

pregiudicata la precisione giuridica. La donna che non ha onore da perdere, può divenire *mulier probrosa* dandosi all'esercizio della prostituzione vera e propria, non può macchiare il proprio onore col semplice unirsi con uomini. Per ciò il semplice concubito con una simile donna, per es. con una *mulier obscuro loco nata*, non era un vero stupro punibile, onde si diceva appunto, *stuprum in eam non committitur* [46]). Il concubinato lecito, invece, era considerato stupro illecito e punibile quando era stabilito senza attestazione formale con persona ingenua e precisamente con persona che avrebbe avuto il diritto all'onore civile della donna [47]); anche se questa forma fosse stata osservata però la donna che avrebbe potuto esser la sposa di quell'uomo macchiava il suo

---

singularis, pag. 143 e seg., scritto stampato insieme con gli altri opuscoli dell'autore, Lugduni 1558, qui non si parla di vere pene per la vita immorale, ma il concetto di *mulier probrosa* si riferisce qui soltanto ad una diminuzione di certi diritti dell'onore civile, per es. alla mancanza di connubio con le persone aventi l'antico diritto dell'onore (Ulpiano, titolo XIII) ond'è che deve anche respingersi la lezione *stuprum* invece della fiorentina *probrum*. Confr. Schulting-Smallenburg, *notae ad digesta*, III, pag. 220. Tuttavia si può anche opporre l'argomento che le donne di mali costumi appartenevano a quelle *cum quibus impune stuprum committitur*; L. 13 § 2 *ad legem Iuliam de adulteris*, 48, 5. La spiegazione di Marcello fu originata dalla disposizione della legge Giulia *de maritandis ordinibus*, secondo la quale colei *quae palam quaestum fecit*, o anche *quae probrum commiserit*, era esclusa dal matrimonio con certe persone. Questa disposizione fu oggetto di trattazioni dottrinali (V. per es. L. 44 D. *de ritu nuptiarum*) e a ciò si riferisce anche la dichiarazione del giureconsulto Marcello secondo la quale basta che la vita disonesta sia fatta per professione o con chiunque senza distinzione (L. 43, § 3, D. *De ritu nuptiarum*, 23, 2) anche se non pubblicamente. Del resto l'espressione della legge è discussa, così come è dubbio, se questa abbia proibito soltanto i matrimoni di queste persone coi senatori o coi loro figli, oppure con tutte le persone di onore illibato. Qui non è il luogo di fare questa ricerca: si confronti però Eineccio, *ad legem Iuliam et Papiam*, libro II capo 1., § 2, pag. 108, Marezoll *loc. cit.* pag. 229 e seg. Zimmern, *Geschichte des römischen Privatrechts* (Storia del diritto privato romano), Vol. I, parte 2ª, § 149, pag. 545.

[46]) L. 13, § 2 Dig. *ad Leg. Iul. de adult.* 48, 5; L. 1 § 1; L. 3 pr. D. *de concubinis*, 25, 7.

[47]) L. 3 pr. D. *de concubinis*, 25, 7. Confr. § 1295 del *Commentario*.

onore [48]) o si rendeva colpevole di un *probrum* [49]). La prostituzione però (*corpore quaestum facere*) e le unioni dichiarate in modo assoluto punibili, come l'adulterio e l'incesto, aveano sempre per conseguenza una diminuzione dell'onore [50]). Alle *mulieres probrosae* erano infine parificate quelle donne che si producevano pubblicamente per salario come commedianti, danzatrici o seguaci di arti simili [51]).

Esaminiamo ora questa limitazione alla capacità di succedere per se stessa. Svetonio narra che l'imperatore Domiziano tolse alle *foeminae probrosae* il *ius capiendi legata hereditatesque* [52]). Se noi confrontiamo questa notizia con altre delle nostre fonti, in par-

---

[48]) L. 13 pr. Dig. *ad legem Iuliam de adulteriis*, 48, 5. Confr. anche la nota seguente.

[49]) Marcello segue nel testo nel quale dice che cosa sia *probrum* (L. 41 pr. Dig. *de ritu nuptiarum*, 23, 2): « Et si qua se in concubinatum alterius, quam patroni, tradidisset, *matris familias honestatem non habuisse eam dico* ». Anche le donne libertine potevano dunque pretendere il nome onorifico di *matrona* o *mater familias* (Confr. cit. § 1295) e non lo perdevano neppure per il concubinato col loro patrono, tanto più che una tale unione fra loro ed il loro patrono si riteneva più conveniente dello stesso matrimonio (L. 1 pr. in fine D. *de concubinis*, 25, 7). Diversamente andavano le cose per le donne ingenue, ben inteso, qualora esse avessero diritto ad un tal nome e non l'avessero macchiato per es. colla vita meretricia.

[50]) L. 43 C. *de ritu nuptiar.* L. 38 D. *ad Leg. Iul. de adulter* 48, 5.

[51]) Che il *facere artem ludicram* fosse presso i romani infamante è cosa risaputa. Confr. L. 1 D. *de his qui notantur infamia*, 3, 2, L. 44 D. *de ritu nuptiarum*, 23, 2. Vedi anche Eineccio, *ad legem Iuliam et Papiam*, libro II, Capo I, § 7, pag. 122 e seg. Ma se poi le donne che si dedicavano a quest'arte furono ancora assoggettate a speciali svantaggi, fra i quali era il divieto di nozze con persone incensurate, ciò dipende dal fatto che le *mulieres scenicae* godevano assai cattiva fama anche nel riguardo della castità e della morale: onde anche il molto frequente accoppiamento di esse nelle nostre fonti colle donne di mala vita. — Vedi Ulpiani, *Fragm.* Tit. XIII, § 2. L. 10, § 2 D. *ad leg. Iul. de adult.* L. 1 C. *de naturalibus liber.* V, 27. Suetonius *in vita Tiberi*, cap. 35. — *I. G.* Heineccii, *diss. de levis notae macula* e L. 27 C. *de inoff. test.* 5, 23 verso la fine; in ej. opusc. varior. Syll. p. 297 sq.).

[52]) Suetonius *in vita Domitiani*, cap. 8. « Suscepta morum correctione, probrosis foeminis lecticae usum ademit, jusque capiendi legata hereditatesque ».

ticolare con quelle che parlano delle donne adultere e stuprate, appar chiaro che qui per *foeminae probrosae* s'intendono soltanto le prostitute e le commedianti. Neppure può essere dubbio che qui si parli di *ius capiendi* nel senso della legge Giulia e Papia e quindi non sia senz'altro vietato di lasciare per testamento a queste donne, ma solo importi vedere se al tempo della delazione esista ancora il *probrum* o meno [52a]). Solo può domandarsi se questa disposizione non esistesse già nella legge e non fosse da Domiziano semplicemente rinnovata. Tutte le testimonianze delle fonti, che si potrebbero invocare a questo proposito, altro non dicono però se non che un matrimonio contro la legge, quindi il matrimonio con una *mulier famosa*, non si riteneva matrimonio valido e così non potevano con esso esser evitati i danni del celibato [53]). Ma quando l'imperatore tolse alla *mulieres probrosae* il *ius capiendi* in modo assoluto vennero a cadere per queste anche tutte le eccezioni della legge, e così non poterono più ricevere eredità neppure *ab intestato*. Ciò è confermato indirettamente dalle parole di Ulpiano: « Si mulier sit famosa, *ad legitimam hereditatem liberorum* admittetur » [54]). Nel senatusconsulto Ter-

---

[52]a) Sembra però che questo non fosse più osservato in seguito, perchè Giustiniano si trovò costretto a riconoscere la capacità delle donne che avessero mutato vita. L. 25, § 3, in f. D. *de nuptiis*, 5, 4. Vedi nota 59.

[53]) Vedi in ispecie Ulpiano, XVI, 2. « Aliquando nihil inter se capiunt (vir et uxor), i. e. si contra legem Iuliam Papiamque Poppaeam contraxerint matrimonium; v. g. si famosam quis uxorem duxerit, aut libertinam senator. » Confr. Gotofredo, *ad legem Iuliam de maritandis ordinibus* nel *Thesaurus* di Ottone, III, p. 213; Einecio, *ad legem Iuliam et Papiam*, Lib. II, c. VI, p. 188. Vedi anche di quest'ultimo la dissertazione *de levis notae maculà*, § 19, 20. L'attribuire però alla legge la disposizione che le *notatae personae* come tali non avessero il *ius capiendi*, come l'Einecio sembra fare, è altrettanto inesatto quanto l'ammettere, come egli fa, col Gotofredo, che nel capitolo della legge fossero queste parole: *neve hereditates, quae eis lege obvenerint, capiunto*. La legge infatti non limitava che la capacità di acquistare per testamento: è solo la disposizione di Domiziano che per la sua generalità deve esser riferita anche alle eredità legittime.

[54]) L. 2 § 4 D. *ad Senatusconsult. Tertullianum* (XXXVIII, 17).

tulliano la madre era chiamata con disposizione generale all'eredità dei figli, per cui si ritenne che essa potesse ereditare anche dai *vulgo quaesiti* [55]), cioè anche dai figli ch'essa avesse generato come *meretrix* [56]). Evidentemente però di questa conclusione si potea dubitare di fronte alla disposizione per la quale alle donne *probrosae* era tolto il *ius capiendi* in modo assoluto. Da ciò l'affermazione superiore di ULPIANO, la quale per la sua formulazione permette di concludere che simili donne non potessero ricevere eredità da altri che dai loro figli. A questo punto si riferisce anche l'insegnamento di TRIFONINO: « Mulier, in quam turpis suspicio capere potest, *nec ex testamento militis* aliquid capere potest, ut Divus Hadrianus rescripsit » [57]).

Di solito questo testo è inteso come riferentesi a una donna, che abbia avuto relazioni illecite col soldato stesso, e si ritiene come una disposizione di diritto singolare limitativa del diritto testamentario dei soldati, che pure è in altri riguardi favorita. È molto più naturale però ammettere che qui fosse nato il dubbio se le *mulieres probrosae* potessero almeno ricevere pel testamento di un soldato; ma un rescritto di ADRIANO decise che anche in tale ipotesi (*nec ex testamento militis*) la capacità della *mulier probrosa* dovesse escludersi [58]). Da questo testo però apprendiamo che non era neppure necessaria una prova rigorosa della vita *meretricia*. Questa in fatto non era considerata un delitto, ma semplicemente una vergogna, di guisa che se una donna conduce una vita tale da dar luogo al sospetto che essa si dia a chiunque per prezzo, essa è giustamente colpita dal disprezzo che è la conseguenza e la compagna della vita vergognosamente riprovevole. Non può

---

[55]) L. 2 D. *unde cogn.* (XXXVIII, 8). § ult. I. *de success. cognat.*

[56]) È fuor di dubbio che anche i figli nati fuor di matrimonio da donna non meretrice erano chiamati *vulgo concepti* (L. 23 Dig. *de statu hominum*, 1, 5): con questo nome però erano designati di preferenza i nati *ex coitu meretricio*. Vedi L. 16 § 1 D. *de his quae ut indignis*, 34, 9. Di questo testo ci occuperemo anche in seguito. Conf. TEOFILO, *Paraphrasis Inst. ad § ult. de success. cognat.*

[57]) L. 41 § 1 D. *de test. milit.* (XXIX, 1).

[58]) MAREZOLL, *loc. cit.*, pag. 240 seg.

per ciò far meraviglia se anche le pubbliche commedianti erano in questo riguardo parificate alle *mulieres famosae* o *probrosae*. Che così fosse impariamo da una costituzione di GIUSTINIANO nella quale è disposto che le *mulieres scenicae*, quando abbiano cambiato vita e ottenuto mediante rescritto imperiale la restituzione dell'onore femminile, non solo possano maritarsi con chiunque, ma siano anche capaci di acquistare le eredità loro deferite per testamento o per legge [59]).

Si è andati però anche più in là negando il *ius capiendi* a tutte le persone aventi una diminuzione dell'onore, ciò che è dovuto forse all'interpretazione di una costituzione di COSTANTINO, che si è erroneamente considerata come l'unica fonte sull'argomento. È questa una delle due costituzioni [60]), delle quali è formata nel Codice di GIUSTINIANO la L. 27 *De inoff. test.* 3, 28 circa il diritto dei fratelli alla querela e cioè la L. 3 Th. Cod. *eod.* nella quale è detto che ai fratelli è concessa la querela « cum *infamiae aspergitur vitiis* is, qui heres extitit, *omniaque fratribus tradi, quae per turpitudinem, aut aliquam levem notam capere non potest institutus* ».

Non è però necessario provare che l'*infamia*, la *turpitudo* o la *levis nota* non toglievano, nè diminuivano la capacità di succedere in generale [61]); ond'è che queste parole vanno intese nel senso

---

[59]) L. 32 pr. § 1-3 Cod. *de nuptiis*, ove è detto in fine: « salvam eis — existimationem servari — tam in aliis omnibus, quam ad — — — suscipiendam competentem sibi — ab aliis relictam, vel ab intestato delatam hereditatem ». Questo, del resto, s'intendeva da sè perchè queste donne non mancavano della testamentifazione passiva, ma semplicemente del *ius capiendi*.

[60]) L. 1 § 3 Th. C. *de inoff. test.* (II, 19).

[61]) Così, i liberti erano *personae notatae* e tuttavia capaci di succedere. Lo stesso è da dirsi dei *prodigi*, che erano annoverati fra le persone turpi (L. 11 § 1 D. *de dolo malo*, 3, 4, L. 17 § 13 Dig. *de iniuriis*, 47, 10) e dei quali pure non si può dubitare che fossero pienamente capaci di succedere. ULPIANO, è vero, dice (XX, 13) che il prodigo manca della capacità di testare *quoniam commercium illi interdictum est:* ma l'interdizione del *commercium* si riferisce soltanto alla capacità di disporre del prodigo, come appare anche dalla formula conservataci della dichiarazione di prodigalità. PAOLO, *Sent. rec.* III, IV a, 7. Le parole di ULPIANO per-

che la preferenza data a persona infamata dà ai fratelli preteriti e non giustamente considerati il diritto alla querela. Questa rescinde l'intero testamento e dà luogo alla successione intestata, anche nel caso che simili *personae famosae* siano state preferite a persone che non avrebbero il *ius capiendi;* in questo caso cioè non è il fisco, come altrove, ma il querelante che come erede intestato prossimo riceve tutto [62]).

Per ciò che riguarda la natura di questa limitazione della capacità di succedere, dal fin qui detto appare che alle *mulieres probrosae* non è tolta la testamentifazione passiva, ma semplice-

---

tanto significano solo che il prodigo non può testare perchè gli manca la facoltà di disporre del suo. Tutt'al più si può concedere che per l'antico diritto, essendo egli sottoposto alla *potestas* degli agnati (L. 1 pr. in f. D. *de curat. furioso dandis*, 28, 10; Schulting, *ad Paul. S. R. loc. cit.* nota 15), fossero questi che acquistavano per mezzo di lui. Ma ciò non toglierebbe a lui la testamentifazione passiva, così come questa non manca al figlio di famiglia pel motivo che egli acquista pel padre.

[62]) Già in altro luogo del *Commentario* nel vol. II di questo libro, pag. 73 seg. è stata ampiamente confutata l'opinione che il Marezoll fonda principalmente sulla citata legge di Costantino e secondo la quale i fratelli non avrebbero alcun diritto di legittima, ma la querela loro accordata sarebbe un semplice *ius ereptionis* pel quale essi entrerebbero nel luogo del figlio. Qui è solo da aggiungere che il fisco può togliere l'eredità all'erede istituito alla sola condizione che non sia violato il diritto di alcun erede necessario nè il testamento abbia alcun difetto pel quale esso sarebbe invalido e si aprirebbe la successione intestata. Se questo è il caso gli eredi intestati escludono il fisco, perchè non valendo l'istituzione non può neppure il fisco togliere nulla all'erede istituito. Per la querela dei discendenti e degli ascendenti non era necessaria in proposito alcuna particolare osservazione, ma una osservazione occorreva invece per quella dei fratelli chè ad essi non spettava se non quando fossero loro preferite persone *famosae*. Poichè parecchie di queste non hanno il *ius capiendi* e sono escluse per ciò anche se non siano violati i diritti di alcun erede necessario, non era certamente superfluo osservare che esse nel caso della querela dei fratelli sono escluse appunto da questi, in altre parole che il fisco non ha in tal caso il *ius ereptionis*. Se la querela di questi non sia fondata perchè il testatore abbia lasciato loro la legittima o in ogni modo qualche cosa in modo che non spetti loro che l'*actio suppletoria*, pel supplemento in tal caso ha luogo per la parte che resterebbe all'indegno il *ius ereptionis* del fisco. Lo stesso valeva naturalmente nel caso che vi fossero discendenti o ascendenti, ma non potessero intentar la querela.

mente il *ius capiendi*. Una tale persona poteva dunque essere validamente istituita, purchè al momento della delazione dell'eredità essa non appartenesse più a quella classe; se poi fosse a quel momento incapace il testamento non sarebbe stato nullo, ma al posto dell'erede sarebbe entrato il fisco [63]).

Del resto l'imperatore GIUSTINIANO dispose con una sua costituzione che per le *mulieres scenicae* non occorreva neppure il rescritto imperiale di riabilitazione perchè potessero sposare una persona immacolata, bastava solo che avessero cambiato vita [64]).

---

[63]) Altrimenti andavano le cose nel caso enunciato al n. 5 dell'incapacità della vedova, che si rimaritasse o rimanesse incinta dentro l'anno del lutto o rompesse la fede alla promessa giurata di non rimaritarsi. Vero è che le parole delle leggi non indicano neppur qui un toglimento della testamentifazione passiva, e solo dicono che la vedova debba essere *expers hereditatum*, o che non possa *legitimas hereditates ultra tertium gradum vindicare* (L. 1 Cod. *de sec. nuptiis*, 5, 9, e nov. 22, c. 22, 40, nov. 39 c. 2.): ma qui è per la natura stessa della cosa che non si deve guardare soltanto al momento della delazione, ma a quello della fazione del testamento. Una meretrice o una *mulier scaenica* può cessare di esser tale, ma una vedova che ha violato l'anno del lutto non può col ritornare a buona vita distrugger quella violazione, essa non può far sì che l'atto, cui la legge minaccia la pena, una volta avvenuto non sia avvenuto. Certo non si può negare che il punto di partenza sia stato anche nel sancir questa pena che la donna violatrice dell'anno del lutto sia da considerare come una *probrosa mulier* (L. 2 Cod. *de sec. nuptiis*, 5, 9. . . . « probrosis inusta notis honestioris . . . . personae decoris et iure privatur »), ma la diversa efficacia di questo particolar caso d'incapacità è così evidente che la pena della violazione dell'anno di lutto e degli atti a questa parificati può benissimo porsi fra i casi di mancanza assoluta della testamentifazione.

[64]) Il contenuto di questa costituzione è riferito da GIUSTINIANO nella L. 33 Cod. *de episc. audientia*, 1, 4 coll'osservazione di aver egli accolto la costituzione stessa nel quinto libro del suo Codice delle Costituzioni, molto probabilmente nel titolo *de nuptiis*. Tale costituzione è andata persa: il CONTIUS, seguíto poi dagli editori posteriori, ha ristampato invece di essa la L. 33 Cod. *de episc. audientia*, 1, 4 come L. 29 Cod. *de nuptiis*, 5, 9. Confr. su ciò EINECCIO, *ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, lib. II, cap. 2, § 5, pag. 149 seg. BIENER, *Geschichte der Novellen Iustinians* (Storia delle novelle di Giustiniano), pag. 176, nota *, e un articolo del medesimo nella *Zeitschrift für gesch. Rechtswissenschaft* (Rivista

Una espressione assai poco chiara di GIUSTINIANO in una novella [65]) è di solito intesa nel senso che l'imperatore abbia abolito il divieto delle nozze delle *mulieres famosae* colle persone di grado elevato [66]). In una novella posteriore l'imperatore si esprime ancora con maggior precisione e dice che l'editto di COSTANTINO a GREGORIO (L. 1 Cod. *de nat. liberis*), col quale « mulierum coniunctiones quas Costantini lex abiectas vocavit, ad quosdam dignitatibus decoratos » sono proibite, non deve più valere affatto [67]). Se si vuol riferire questa disposizione ai limiti imposti al matrimonio di tutte le *mulieres famosae* [68]) non si devono però considerare abolite le limitazioni della capacità di succedere di esse [69]). E neppure si ha motivo per negare l'applicabilità di queste disposizioni nel diritto odierno [70]). Tuttavia qui è da considerare prima di tutto che alle donne *probrosae* non era negata la testamentifazione passiva, ma semplicemente il *ius capiendi,* e questo per cagion d'indegnità; la questione circa l'applicabilità odierna di questa incapacità coincide adunque con un'altra, che non riguarda questo punto, quella, cioè, se le disposizioni del diritto romano sull'indegnità e il *ius erepticium* del fisco siano ancora in vigore [71]). Se poi si aggiunge che negli scritti dei pratici come

---

di giurisprudenza storica), Vol. VII, pag. 304. WITTE, *Die leges restitutae des Iust. Codex* (Le *leges restitutae* del codice di Giustiniano), pag. 123, pag. 190 seg. Un estratto molto magro della dispersa costituzione si trova nei *Paratitla collectionis constitutionum ecclesiasticarum* stampati dal WITTE, *loc. cit.* pag. 261 seg.

[65]) Nov. 89, c. 15, e L. 1 C. *de naturalib. liber.* (V, 27).

[66]) CUJACII *exposit. Novellar.* ad Nov. 89 in f. (ed Neapol. T. II, p. 1125). HEINECCIUS *ad Leg. Jul. et Pap. Popp.* Lib. II, C. II, § 5 in f. p. 151. Confr. MAREZOLL, *loc. cit.*, pag. 235.

[67]) Nov. 117 c. 6.

[68]) Con ragione osserva in contrario il MAREZOLL, *loc. cit.* pag. 231 seg., che la legge di COSTANTINO riguarda il divieto di nozze dei senatori con tutte le *mulieres abiectae*, ma non anche quello imposto a tutte le persone incensurate di sposare donne *probrosae*, onde si deve ammettere che appunto riguardo a queste l'antico diritto sia rimasto in vigore.

[69]) MAREZOLL, *loc. cit.* pag. 245.

[70]) Confr. MAREZOLL, *loc. cit.* pag. 398 n. 1.

[71]) Vedi in particolare lo STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum*, tit. *de his quae ut indignis auf.*

in quelli destinati alla scuola, queste limitazioni delle capacità non sono mai ricordate [72]), l'inapplicabilità odierna di esse non può più restare dubbia.

Vi erano però anche delle incapacità semplicemente relative che derivavano da unioni proibite. Così, per esempio, coloro che avevan vissuto in relazione adultera fra loro non potevano istituirsi reciprocamente [73]). E ancor maggiori erano le incapacità derivanti da unioni incestuose [74]). Anche lo stupro ordinario dava luogo a tale incapacità, tanto che lo *stuprator* non poteva lasciar nulla alla persona colla quale avea avuto tale rapporto, e questo valea anche pei soldati come per tutti gli altri. A ciò si riferisce un testo di PAPINIANO tratto dal 33.° libro delle Questioni:

« Mulierem, quae stupro cognita in contubernio militis fuit, etsi sacramento miles solutus intra annum mortem obierit, non admitti ad testamentum iure militiae factum, et id, quod relictum est, ad fiscum pertinere, proxime tibi respondi » [75]).

Questa disposizione non si può considerare come un *ius singulare* valido soltanto pei soldati [76]), ma neppure in essa si può vedere

---

[72]) Esse sono accennate talvolta, come per es. dal VOET, *ad Pandectas*, tit. *de her. inst.* § 6 e dallo ZIMMERN in appendice al suo *Programma del diritto ereditario*, pag. 82 seg., ma soltanto come limitazioni puramente relative della capacità di succedere, mentre nel diritto romano la limitazione del *ius capiendi* delle *mulieres famosae* era generale.

[73]) L. 13 D. *de his quae ut ind.* 34, 9. LAUTERBACH, *Coll. th. pract. Pandectarum*, h. t. § V, III n. 9, enumera a torto questa incapacità fra le assolute.

[74]) L. 6 Cod. *de incestis nuptiis* 5, 5. Su ciò diremo di più nel paragrafo seguente che è destinato alle incapacità relative.

[75]) L. 14 D. *de his quae ut ind.* 34, 9.

[76]) Questa limitazione potrebbe esser considerata come un diritto singolare pei soldati soltanto se si potesse provare che un soldato non potea lasciar nulla a una donna stuprata, anche da altri, nè alla sua concubina. Ma la *mulier, quae stupro cognita in militis contubernio est* è la *focaria militis* (L. 2 Cod. *de don. inter virum et ux.* 5, 16), cioè la padrona di casa colla quale egli vive in unione illecita (Vedi BRISSONIO, *de verb. sign.* V. focaria § 2), non è dunque la sua concubina vera e propria. Per questo caso adunque ha luogo l'ordinaria limitazione, secondo la quale lo *stuprator* non potea lasciar nulla alla persona colla

una assoluta limitazione della capacità delle *mulieres stupratae* [77]). Questo ultimo concetto non si concilierebbe colla pena sancita per le vedove, che dentro l'anno del lutto si fossero rimaritate o avessero menato vita disonesta. Come avrebbe potuto stabilirsi una pena speciale per queste, se già la stessa pena avesse colpito ogni donna stuprata? Se poi si ammette che il testatore potesse istituire la propria concubina, ma non la persona colla quale avesse commesso stupro, si spiega anche nel modo il più facile uno dei più difficili testi delle Pandette [78]). Il testo è già stato spiegato rettamente, in sostanza, in un altro luogo del *Commentario* con citazione di una ricca letteratura [79]): basterà dunque che qui ne esponiamo brevemente il contenuto. Il caso risolto nel testo deve, come molto spesso specialmente nei responsi e nelle questioni di PAPINIANO, esser ricostruito sulla base dei motivi della decisione. Un senatore (*vir clarissimus*) di nome Cocceio Cassiano viveva in concubinato con una certa Rufina, una ingenua che però avea prima avuto una figlia come meretrice pubblica. Cassiano avea preso questa figlia con sè e l'avea istituita erede insieme con la sua nipote lasciando a Rufina semplicemente un legato. Nasceva la questione sulla validità del legato. Contro la validità si adduceva che l'unione con Rufina dovea considerarsi stupro e per ciò essa non poteva ricevere il legato lasciatole dal testatore. E questa affermazione si fondava sul fatto che Rufina non era una liberta di Cassiano, ma una ingenua e per ciò la convivenza di fatto con lei non poteva valere come concubinato [80]). PAPINIANO

---

quale viveva in tale unione. PAPINIANO applicava questa regola al testamento di un soldato morto come veterano entro l'anno dal congedo, ma non vi può esser dubbio che lo stesso valga pel caso che il testatore muoia come soldato. Confr. CUIACIO, *ad Papin. quaestionum* lib. XXXIII, e il testo sopra alla nota 98.

[77]) Ciò sembra ammettere il MAREZOLL, *loc. cit.* pag. 240 seg.

[78]) L. 16 § 1 D. *de his, quae ut indign. aufer.* (34, 9.) PAPINIANUS Lib. VIII *Responsorum*.

[79]) Vedi il § 1295 del *Commentario*, pag. 382-86 nota 65 del Volume XXVIII nell'ed. tedesca. Alla letteratura ivi indicata aggiungi STEYER, *Specimen an e iure iustinianaeo incumbat onus alendi spurios*, Rostock 1816, pag. 48-52.

[80]) L 3 pr. Dig. *de concubinis*, 25, 7. Cit. § 1295 del *Commentario*.

risponde che si può avere per concubina non solo una propria liberta, ma anche una ingenua, quando ciò si dichiari davanti a testimoni nel momento dell'unione o la donna abbia già perso l'onore per aver condotto vita disonesta; l'unione con lei vale in tal caso come concubinato e non come stupro, in altre parole essa è una persona *in quam stuprum non committitur* [81]). E questo è il caso presente, perchè la figlia di Rufina era una *vulgo quaesita* e la madre quindi una persona che anche senza *testatio* si poteva tenere come concubina. Così appare giustificata anche la conclusione, che il giureconsulto fa precedere alla trattazione del caso:

« Quoniam stuprum in ea contrahi non placuit, quae se non patroni concubinam esse patitur: ejus, qui concubinam habuit, quod testamento relictum est, actio non denegabitur »;

cioè, poichè non può ammettersi che qualunque unione con una persona che non si è manomessa dalla schiavitù sia stupro, così anche nel caso, che segue, a una persona, colla quale il testatore avea vissuto in concubinato senza *testatio*, non può esser negata l'azione per ottenere ciò che le è stato lasciato in quel testamento [82]).

§ 1438 *a*.

II. — Delle cause d'incapacità relativa.

Cominçiamo l'esposizione dei motivi d'incapacità relativa con una breve trattazione del capitolo che vi si riferisce nella legge Voconia dell'anno 585 dalla fondazione di Roma [83]). Una trattazione

---

[81]) Confr. L. 1 § 1, L. 3 Dig. *de concubinis* 25, 7; L. 13 § 2 D. *ad legem Iuliam de adult.* 48, 5.

[82]) Del tutto alterato è il senso del testo nella traduzione tedesca del *Corpus iuris*. Secondo essa PAPINIANO direbbe che, poichè non si ritiene sia contro legge l' unione con una libertina, che non volle divenir concubina del patrono, non si può neppure negare ad essa il diritto di ottenere ciò che le è stato lasciato nel testamento quando già il patrono aveva una concubina. Prescindendo dall' osservare che così si aggiunge qualche cosa che nel testo non è scritto, è assolutamente impossibile ad ogni modo collegare con ciò quanto è detto poi nel periodo seguente.

[83]) Questa almeno è l' opinione comune, che però non è indiscussa. Vedi KIND, *Dissert.* cit. alla nota 84, § 3-5 — L' opinione comune è

ampia di questa materia tanto trattata [84]) non sarebbe conciliabile collo scopo di questo *Commentario* perchè la legge Voconia cessò di essere in vigore lungo tempo prima di GIUSTINIANO.

Ma la legge Voconia appartiene soltanto alle limitazioni della capacità relativa, perchè, per quanti casi essa abbracciasse, la legge non escludeva del tutto le donne dalla successione testamentaria, ma soltanto disponeva che esse non potessero ricevere per testamento da testatori che fossero censiti oltre una certa somma [85]). Secondo

---

difesa nuovamente dal SAVIGNY scritto cit. nella nota seg. pag. 220. Invece del nome ordinario ora si suol dare alla legge anche quello di « Lex Voconia de mulierum hereditatibus *et legatis* » a cagion del passo di CICERONE, *de republica* III, c. 10, ed. Mai : « alia nunc Manilius iure dicat esse de mulierum legatis et hereditatibus » — Vedi HUGO, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), Vol. I, pag. 386, linea 21 seg. 11ª edizione. In altro luogo delle sue opere CICERONE (*pro Balbo*) designa però la legge semplicemente come *lex de mulierum hereditatibus*.

[84]) Confr. i seguenti scrittori : *Fr.* BALDUINUS de *lege Voconia* (in *jurisprud. Rom. et Att.* T. I, p. 178-184). *Sac.* PERIZONIUS D. *de lege Voconia* (in *Dissert. Triade.* Daventr. 1679. Diss. II, p. 99. sqq.), *Abr.* WIELING, *Lection. jur. civil.* Lib. II, C. 19-27. *Maur.* KIND, *de Lege Voconia* diss. Lips. 1820. SAVIGNY, *Ueber die Lex Voconia* (Sulla legge Voconia) nelle Dissertazioni della classe storica filologica dell'accademia reale prussiana delle scienze, Anni 1820-21, Berlino 1822, pag. 219-33. SCHULTZ, *de iure foeminarum Romanarum defuncto succedendi ab intestato et ex testamento*, cap. II, scritto che, pur troppo, non mi è riuscito avere non ostante che sia stampato negli *Annales academiae Reno-Traiectinae* del 1826. HASSE, *Zur Lex Voconia* (Sulla lex Voconia) nel *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), Vol. III, pag. 183-214.

[85]) Di solito si parla della *Lex Voconia* fra le cause di incapacità assoluta. — Così lo SCHWEPPE, *Römische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano) § 444 3.ª edizione; HUNGER, *Das Roemische Erbrecht* (L'eredità secondo il diritto romano), § 73. Nei tempi più antichi del resto le donne erano già come tali incapaci di essere istituite eredi — Nei testamenti per mancipazione il *familiae emtor* era lo stesso erede (confr. pag. 164 seg. nota 45 di questo volume III) e una donna non poteva essere *familiae emtor*. Non sappiamo come andassero le cose nel testamento *calatis comitiis*, ma non ci può esser dubbio che il principio *cum feminis nulla comitiorum communio est* (GELLIO, *Noctes atticae*, V, c. 19) si applicasse anche a quei negozi giuridici nei quali la donna era interessata così direttamente come l'erede all'istituzione d' erede. Queste incapacità collegate colle forme del testamento aveano però cessato già di esistere prima della *lex Voconia*. HASSE, *loc. cit.* p. 198.

notizie credibili delle fonti, nessuna donna, ragazza o maritata, poteva essere istituita erede da persona che avesse un patrimonio di almeno 100 mila sesterzi [86]). La successione intestata per parte delle donne non era invece limitata dalla legge [87]), ma l'*interpretatio prudentum* ammise anche qui una limitazione e stabilì, che soltanto le

---

[86]) Confr. CICERO *orat. Verr.* I, c. 42 (« qui post eos censores census esset, ne quis heredem virginem, neve mulierem faceret »). ASCONIUS PAEDIANUS *ad hanc orat.* cap. 41, 43. GAIO Inst. II, § 274. DIO CASSIUS, *hist. Rom.* Lib. 56, c. 10. — Confr. SAVIGNY, *loc. cit.* pag. 224. Secondo una frase di QUINTILIANO (*Declamationes* 264), la legge Voconia avrebbe disposto « *ne liceat mulieri nisi dimidiam partem bonorum relinquere* », ciò che si può intendere benissimo nel senso che a una donna possa lasciarsi un legato purchè non superi la metà dell'asse. Così anche il HASSE, *loc. cit.* pag. 200 § 9, n. 2 pag. 201 seg. 209. Ciò sarebbe però molto strano e poco conciliabile collo scopo della legge, onde è molto probabile che qui vi sia equivoco o non retta intelligenza della legge. — WIELING, *Loc. cit.* pag. 223; SAVIGNY, *Loc. cit.* pag. 230. — Il capitolo della legge, che trattava dei legati, non trattava soltanto della capacità delle donne, ma era di portata generale; nessuno, era detto in esso, deve ricevere per legato più che l'erede. — Vedi GAIO, II, 226, pr. Inst. *de lege falcidia*, 2, 22, e la Parafrasi di TEOFILO ivi. — Confr. SAVIGNY, *loc. cit.* pag. 231. Taluni però vorrebbero riferire anche questo capitolo alle sole donne. Così lo SCHRADER nella *Kritische Zeitschrift für Rechtswissenschaft* (Rivista critica di giurisprudenza), Vol. I, fasc. 2, pag. 135 e il KIND, *Diss. cit.* cap. V, § 36 seg. Le ragioni che si adducono per questa opinione sono insufficienti perchè sono tratte tutte dallo scopo del capitolo fondamentale della nostra legge. È però innegabile che anche il capitolo *de legatis* era strettamente collegato con quello scopo. MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, lib. XVII, T. IV, pag. 108 dell'edizione stereotipa di Parigi.

[87]) Questo è sostenuto da alcuni, i quali si fondano principalmente sulla lezione « idque Voconiana rogatione (invece di *ratione*) introductum » nel testo di PAOLO, *Rec. Sent.* IV, 8, o *Cellatio legum Mosaicarum et Romanarum*, tit. XVI, cap. III, § 20. Il KIND, *Diss. cit.* § 49-52, il quale sostiene quest' opinione, fonda su ciò il suo tentativo di ricostruzione di questo preteso capitolo delle *lex Voconia*, pag. 61. — Vedi in contrario però SAVIGNY, *loc. cit.* pag. 252 seg. Confr. EULER, *Ueber die Beschränkung des Intestaterbrechts der Weiber bei den Roemern* (Sulla limitazione della successione intestata delle donne nel diritto romano) in seguito all'opera del BURCHARDI, *Grundzüge des Rechtssystems der Roemer* (Linee fondamentali del sistema giuridico dei Romani), Bonn 1822 pag. 298 seg. 300.

discendenti (*suae*) e le consanguinee, cioè le sorelle agnate, potessero ereditare *ab intestato* e ciò fu introdotto, come dice PAOLO, *Voconiana ratione* [88]), cioè, per analogia della legge Voconia. Da ciò era facile concludere che la legge Voconia avesse escluso soltanto le donne *ultra consanguineae* e ciò infatti è stato spesso sostenuto [89]). Ma come si concilia ciò col fatto che neppure il padre potesse istituire la propria figlia, come ci è narrato in particolare da CICERONE e dal padre della chiesa Agostino [90])? Sembra anche che a ciò contradica l'osservazione di Filo in CICERONE che l'unica figlia possa esser erede del padre [91]). È uno spediente assai cattivo quello di leggere in Agostino *nisi unicam filiam* invece che *nec unicam filiam* [92]). Ad ogni modo resterebbe sempre la difficoltà che deriva dal testo di CICERONE contro l'opinione che non si potesse istituire neppure l'unica figlia. La consueta scappatoia consiste nell'ammettere che i testi nei quali al padre non è concessa neppure l'istituzione dell'unica figlia siano da riferire ad una figlia cognata; vale a dire ad una figlia emancipata data in adozione, o passata *in manum mariti* [93]). Questo sarebbe conciliabile col fatto che, secondo la legge

---

[88]) PAULLI, *Sent. rec.* Lib. IV, Tit. VIII, § 22, collatio (Lex Dei) Titolo XIV, Cap. III, § 20: « Foeminae ad hereditates legitimas ultra consanguineas successiones non admittuntur, idque *iure civili Voconiana ratione* (al. rogatione, narratione) videtur effectum. » — Confr. infra nota 98.

[89]) Quest'opinione una volta assai diffusa si trova anche presso HUGO, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), pag. 388, lin. 24 seg. Vedi gli scrittori citati dal KIND, *Diss. cit.* § 49 nota 68.

[90]) CICERONE *in Verrem* loc. cit. c. 41. Un certo Annio Asello aveva istituito erede la sua unica figlia. CICERONE dichiara che la legge Voconia non è qui applicabile e che l'istituzione è valida, pel solo motivo però che il testatore non è censito. Conf. *ibidem* cap. 43. È analogo il caso riferito da CICERONE, *de finibus*, II, 17, 18 (vedi HASSE, *loc. cit.* pag. 192 nota 21 (AUGUSTINUS, *De civitate dei*, III, c. 21: « ne quis heredem feminam faceret, nec unicam filiam »). — Non si può però ammettere facilmente, come si potrebbe argomentare dal riferimento di AGOSTINO, che questa fosse la formulazione letterale della legge Voconia.

[91]) CICERO, *de republica*, Lib. III, c. 10 — Vedi infra nota 100.

[92]) Vedi la nota critica ad h. l. in MAI.

[93]) Conf. HUGO, *loc. cit.* pag. 392 nota 7: SAVIGNY, *loc. cit.* pagina 234 seg.

Voconia, potessero istituirsi soltanto le discendenti e le sorelle agnate, ma non col testo, che, come è normalmente inteso, concede soltanto l'istituzione dell'unica figlia. A quella congettura del resto si oppongono molte difficoltà. Il testo di CICERONE non può facilmente riferirsi alla figlia emancipata, perchè al tempo di CICERONE esisteva già l'editto pretorio pel quale i discendenti emancipati erano nell'ordine dei successori parificati a quelli che si trovavano nella patria potestà [93a]). Se dunque le discendenti agnate potevano essere istituite il pretore avrebbe certamente mantenuto in vigore anche le istituzioni delle figlie emancipate. Contro l'opinione che si potesse qui pensare ad una figlia *in manu mariti* sta il fatto che la fanciulla della quale si parla in uno dei testi di CICERONE era ancora impubere [94]) e se qui si fosse accennato al caso certamente rarissimo che un uomo ricco avesse dato in adozione la sua figlia impubere, questo in un'orazione di CICERONE, nella quale il fatto che costituiva uno dei capi di accusa contro Verre era esposto con tanta diffusione, non sarebbe stato passato sotto silenzio [95]). E nei testi che dichiarano l'istituzione della propria figlia contraria alla legge [96]) non avrebbe dovuto esser messa in luce una circostanza così importante come questa che, cioè, si parlava soltanto di figlie cognate? Le difficoltà si superano nel modo più facile ammettendo che Voconio non volesse togliere alle donne il diritto di acquistare per eredità in modo assoluto, ma soltanto cercasse di limitare una delle fonti di questo acquisto stabilendo che nessuno che fosse stato censito nell'ultimo censo per 100.000 sesterzi potesse istituire erede una donna [97]). Certamente non si avea in mira il caso di un testamento del padre o della madre, o in generale di parenti, perchè Voconio non limitava

---

93a) Vedi FOERSTER, *De bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tab. par.* pag. 25 seg.

94) *Oratio in Verrem*, loc. cit. c. 41, dove essa è chiamata più volte *pupilla*.

95) Conf. specialmente HASSE, *loc. cit.* pag. 195 seg.

96) Ciò è contenuto apertamente nei testi di ASCONIO (nota 86) e AGOSTINO (nota 90); è supposto nei testi di CICERONE.

97) Sull'apparente contradizione fra la notizia di Dione Cassio e altri scrittori vedi SAVIGNY, *loc. cit.* pag 224.

la capacità *delle donne* di succedere *ab intestato,* ciò che sarebbe invece accaduto qualora egli avesse escluso le donne anche dall'eredità testamentaria dei parenti ricchi. Tuttavia la parola della legge abbracciava tutti i testatori, e così si credette di non potere escludere neppure i genitori della donna istituita erede.

I giureconsulti estesero non il contenuto letterale della legge, ma il principio legislativo su cui essa si fondava, la *Voconiana ratio,* anche alle successioni intestate; l'acquisto di ricchezze per mezzo di eredità non era tolto alle donne, ma semplicemente limitato [98]). Così da una parte si andò troppo più in là della legge, non distinguendo più fra testatori ricchi e testatori meno ricchi, dall'altra però si tenne calcolo dell'equità naturale, secondo la quale le donne non dovevano essere escluse dalla successione dei loro parenti più prossimi. Ma così appariva chiaramente a quali inconseguenze portasse l'applicazione letterale della legge: una figlia poteva ereditare *ab intestato* anche da un padre ricchissimo, ma se questi la istituiva erede gravandola di legati, l'istituzione non valeva, ed essa riceveva l'intera eredità senza detrazione alcuna [99]). È questa

[98]) Vedi Balduino, *loc. cit.* pag. 182. Perizonio *Diss. cit.* pag. 108 seg. Savigny *Loc. cit.* pag. 235 seg. Hasse, *Loc. cit.* pag. 137 seg. Euler, *Diss. cit.* pag. 303. Questi scrittori e alcuni altri concordano nel ritenere che alla successione intestata non si applicasse propriamente la disposizione della legge, ma che Paolo dica soltanto che nella limitazione della successione intestata si partì da principii e concetti analoghi. Questa limitazione pertanto poteva anche esser più antica della stessa legge Voconia: ma questo non è un motivo sufficiente per dire che veramente fosse più antica. L'Euler, che sostiene ciò, adduce anche il motivo che presso i Romani non si argomenta facilmente dalla successione testamentaria all'intestata (pag. 305). Ma questo argomento è troppo generale e indeterminato per giustificare la supposizione che le parole di Paolo possano intendersi qui diversamente da come s'intende di solito l'affermazione che la *ratio* di un principio di diritto costituisca anche il fondamento di un altro principio di diritto. Vedi pag. 429 nota 65, e 471 del Vol. precedente.

[99]) Vedi Kind, *Diss. cit.* § 48 pag. 55 seg. Alcuni ammettono fondandosi su un'espressione di Plinio, *Panegyricon* cap. 42, che la quota di una donna istituita andasse all'erario. Così Balduino, *loc. cit.* pag. 181, il quale però crede col Perizonio, *diss. cit.* p. 152 seg., che ciò sia stato introdotto dalla legge Giulia e Papia, e il Wieling, *loc. cit.* p. 223. Contro quest'opinione si pronuncia per buone ragioni il Kind, *Diss. cit.*, § 44-46.

inconseguenza che Filo cerca di porre in rilievo in altro modo nella sua declamazione contro la legge Voconia: il ricco Crasso, egli dice, può benissimo lasciare tutto il suo patrimonio alla sua figlia, io invece non posso istituire erede la mia [100]). Egli non dice affatto però che Crasso avrebbe potuto istituire la sua unica figlia e un padre di molte figlie invece no: soltanto fa notare l'intima contradizione che ci sarebbe nel fatto che la figlia del primo potesse da sola ricevere tutto il patrimonio senza limiti (*potest habere*) e Crasso quindi potesse lasciare tutto il suo patrimonio alla sua unica figlia, mentre un padre meno provveduto non avrebbe potuto, anche avendo più figli, lasciare a ciascuna di queste una congrua quota a titolo d'istituzione d'erede [1]).

Non sappiamo qual fosse la risposta data a Filo, perchè nel manoscritto di Cicerone c'è qui una lacuna. Senza dubbio la risposta era una apologia della legge: e questa non potea fondarsi che sull'osservazione che Voconio non avea avuto per fine di togliere la capacità di succedere alle donne, ma soltanto di porre ostacolo all'acquisto di grandi richezze per parte di esse e questo fine certamente si era raggiunto colla legge. Nessuno infatti, neppure fra i più propensi a lodare il tatto pratico e la misura di Voconio [2]), potrebbe negare che l'applicazione letterale della legge di Voconio porta ad alcuni risultati assai strani. Aggiungiamo soltanto a tali risultati anche l'applicazione del *ius accrescendi* alle figlie preterite [3]), supponendo che questo valesse già al tempo della rogazione della legge Voconia. Un uomo, che avesse, per esempio, una figlia e volesse istituire accanto

---

[100]) Cicero, *de republ.* Lib. III, c. 10. « Cur autem, si pecuniae modus statuendus fuit foeminis, P. Crassi filia posset habere, si unica patris esset, aeris millies, salva lege: mea triciens non posset » ?

[1]) Hasse, *loc. cit.* pag. 186, 214 § 20. Filo avrebbe anche potuto dire: Chiunque sia censito per 100 mila assi ed abbia molte figlie non può istituirle eredi (vedi Savigny, *loc. cit.* p. 222), sebbene la quota ereditaria di ciascuna sia piccolissima. Chi ne ha invece poche o una sola può lasciar loro tutto.

[2]) Hasse, *loc. cit.* pag. 197-200, 208.

[3]) Ulpiano, XXII, 17. Vedi pag. 554 seg. del volume precedente.

a questa un estraneo, non potea farlo direttamente per testamento perchè se istituiva la figlia quest'istituzione non valeva e tutto andava al coerede: ma poteva istituire l'estraneo solo e preterire la figlia e in tal caso egli avrebbe ottenuto propriamente ciò che voleva, ma che non aveva potuto esprimere: la figlia preterita otteneva per diritto di accrescimento la metà dell'eredità dall'erede testamentario. Tutto ciò che si è detto per evitare questa intima contradizione è molto artificioso e per ciò insufficiente [4]). In un solo modo si può difendere la legge, partendo dal concetto che la legge volesse escludere le donne dalle successioni che non avrebbero potuto ottenere che per testamento, non anche da quelle che avrebbero potuto ottenere *ab intestato*. All'autore della legge non ripugnava che un testatore dichiarasse erede anche per testamento una donna che avrebbe potuto esserla ugualmente *ab intestato*. Limitare l'applicazione della legge a questo solo caso sarebbe stata però cosa assai difficile, onde i critici si limitarono ad una censura più o meno indiretta della formulazione di essa. Sotto un altro riguardo invece avrebbe potuto giustificarsi assai bene una applicazione superante anche la lettera della legge stessa. La legge avea detto: Chi sarà censito dai censori prossimi per tanto non potrà istituire erede alcuna donna. Questo equivaleva a dire in altre parole: Chi ha un patrimonio di tanto, secondo il prossimo censo, non può istituire alcuna donna. Così fu intesa la legge anche dai Romani [5]) e così anche essa sarebbe stata applicata, se essa avesse incontrato il favore pubblico. Ma ciò non era [6]), e per ciò si stette attaccati anche qui alla lettera e si ammise che chi non

---

[4]) Confr. Savigny, *loc. cit.* pag. 233-34; Hasse, loc. cit. pag. 208-10.

[5]) Vedi Asconio Pediano *ad Verrem*, I, c. 41, 43 e Gaio, II, 274.

[6]) Gellio, *Noctes atticae*, XX, 1, dice: « quid utilius plebiscito Voconio de coercundis mulierum hereditatibus? » Ma la facilità stessa colla quale, in qualunque caso la lettera della legge non si prestasse, si convalidavano tuttavia anche atti contrari apertamente al senso di essa prova che il concetto del padre della chiesa Agostino, il quale dice: « qua lege quid iniquius dici vel cogitari possit ignoro », era già accolto fino da tempi anteriori. In simil modo si esprimeva anche Filo presso Cicerone, *de republica*, III, 10.

era censito, e quindi anche chi si fosse sottratto al censo in frode della legge, non fosse legato dalle disposizioni della legge. Per ciò CICERONE rimprovera il pretore Verre per avere emanato un editto col quale la legge era applicata anche ai non censiti [7]). Ma per quanto quel rimprovero fosse meritato sotto altri riguardi [8]) quella interpretazione della legge non ne era meritevole e per una legge che fosse stata più popolare il pretore non avrebbe certo avuto esitanza ad intenderla in quel senso [9]).

Ai tempi di CICERONE la legge non poteva ancora eludersi neppure mediante disposizioni fedecommessarie [10]), perchè i fedecommessi non erano ancora riconosciuti come disposizioni valide. Più tardi questo mutò: GAIO dice: « Mulier quae ab eo, qui centum millia aeris census est, per legem Voconiam heres institui non potest, tamen fideicommisso relictam sibi hereditatem capere potest » [11]).

E certo questo era diritto vigente fin da quando i fedecommessi acquistarono efficacia giuridica, cioè fin dai tempi di Augusto [12]). Ma presto vennero anche delle limitazioni dirette della legge, in particolare mediante la legge Papia per la quale le donne con tre figli erano pienamente capaci di succedere [13]). Quando più tardi sotto gli imperatori cristiani il *ius liberorum* fu concesso a tutte le donne [14])

---

[7]) *In Verrem*, I, c. 41, 42.

[8]) Egli si era fatto o per lo meno voleva farsi corrompere, e la formulazione stessa dell'Editto (*qui ab A. Postumio . . . . facit fecerit*) prova che Verre ben sapendo che il suo editto era contrario all'interpretazione usuale della legge, cercava di applicarlo anche al passato contro ogni regola di diritto. Confr. SAVIGNY, *loc. cit.* pag. 225 seg. HASSE, *loc. cit.* pag. 193 seg. nota 22.

[9]) Il MONTESQUIEU, *loc. cit.* pag. 109, chiama questo attaccamento alla lettera una elusione della legge, e con ragione.

[10]) Serve di riprova il caso da lui riferito nello scritto *de finibus bonorum et malorum*, lib. II, c. 17. Confr. KIND, *Diss* cit. § 34, SAVIGNY, *loc. cit.* pag. 229 seg.

[11]) GAJI Inst. II, § 274.

[12]) Pr. I. *de codicillis*. — KIND *Diss.*, cit. § 35.

[13]) KIND, *Diss.* cit. § 63, 64; SAVIGNY, p. 236 seg.

[14]) L. 2 C. *de iure liberor.* (VIII, 59).

l'applicazione della legge venne a cessare di per sè, se pure essa era ancora in vigore, ciò ch'è molto improbabile, perocchè il censo nell'antica forma non avea più luogo da lungo tempo: una legge così poco benevisa, che fu applicata soltanto alla lettera, doveva per ciò perdere senz'altro il suo valore [15]).

Non deve d'altronde passare inosservato il fatto che per le vergini Vestali aveano luogo secondo ogni probabilità eccezioni alla legge Voconia. Ciò non era determinato precisamente nella legge e ne manca una prova diretta; la prova non si ha che in alcuni testi, i quali collegati con gli altri noti grandi privilegi delle Vestali fanno ritenere ciò per lo meno molto probabile. Le eccezioni si riferivano in primo luogo ai testamenti delle Vestali. Queste potevano istituire eredi nei loro testamenti anche le donne.

Questo appare da Cicerone, *de Republica*, III, 10, dove Filo dice della legge Voconia che essa fu *utilitatis virorum gratia rogata in mulieres plena iniuriae* e segue subito: « Cur enin pecuniam non habeat mulier, cur virgini Vestali sit heres non sit matri suae? ». Se si considera quest'ultima domanda a sè e fuori del suo nesso coll'intero discorso non c'è in essa che un riconoscimento della capacità di testare delle vergini Vestali [16]); esse potevano dunque testare in un tempo in cui alle altre donne ciò non era ancora concesso [17]) e quando poi tutte ebbero questo diritto le Vestali potevano esercitarlo indipendentemente, mentre le altre di regola avevan d'uopo dell'*auctoritas*

---

[15]) Confr. Kind, *Diss cit.* § 64, in contrario Savigny, pag. 237.

[16]) Al testo fu già fatto richiamo per questo riguardo nel Vol. I di questo libro XXVIII del *Commentario*, pag. 68 nota 6.

[17]) Gellio, *Noctes Atticae*, lib. I c. 12, collega questo diritto coll'antichissimo rito delle *virgines vestales* o della loro inaugurazione. Da una legge Orazia, da attribuirsi secondo l'opinione comune all'anno 245 a. u. c. e quindi anteriore alle XII tavole, la Vestale Tarrazia fu eccezionalmente dichiarata *testabilis* (Gellio, *Noctes Atticæ*, lib. VI, c. 7), ma questa espressione deve riferirsi qui soltanto alla capacità di fare da testimone negli atti di mancipazione. Vedi Marezoll, *Ueber die bürgerliche Ehre* (Sull'onore civile), pag. 87. Dirksen, *Beitraege zur Kunde des R. R.* (Contributi alla conoscenza del diritto romano), pag. 239 seg.; Zimmern, *Roemische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), Vol. I pag. 924 nota 20. Confr. il Vol. I di questo libro XXVIII, pag. 261 seg.

tutoris [18]). Tuttavia il discorso di CICERONE sarebbe molto strano e assai poco spiegabile se egli non avesse alluso che a ciò. È molto più credibile invece che egli mettesse in bocca a Filo questa argomentazione: Perchè non deve esser lecito ad una donna di avere un patrimonio, e se una vestale può liberamente nominarsi un erede, e quindi anche una erede, [19]), perchè non deve ciò esser permesso anche alla madre di lei? La menzione della madre qui appar sempre, a dir vero, un po' strana, perocchè avrebbe potuto nominarsi parimente il padre, il quale pure non poteva nominare alcuna donna erede. Non si deve però dimenticare che all'autore importava qui sopra tutto di mostrare all'evidenza l'iniquità della legge: e ciò lo porta a parlare della distinzione fra le donne in genere e le figlie, e il contrapposto fra il diritto della figlia e quello della madre serve a dar maggior risalto alla domanda: perchè ciò che alla figlia è permesso non deve esserlo anche alla madre? Ciò poi conduce a far cenno anche della seconda eccezione, della capacità cioè delle Vestali di essere istituite eredi [20]). Per la quale seconda eccezione si può forse invocare anche il testo di GELLIO nelle *Noctes Atticae* I, 12 (*) deve parlando del *ritus capiendae virginis Vestalis* riferisce un testo del Commentario di LABEONE alle XII tavole, che così suona: « Virgo vestalis neque heres est cuiquam intestata neque intestatae quisquam, sed bona ejus in publicum redigi aiunt: id quo iure fiat quaeritur ».

---

[18]) GAIO, I, 115, 145. Confr. il vol. XXXIII del *Commentario*, pag. 407 nell' ed. tedesca.

[19]) Il HASSE, *loc. cit.* pag. 213, congiunge questo principio di diritto colla regola per la quale delle Vestali non avrebbe potuto esservi successione *ab intestato*, onde per render loro possibile d' istituire eredi i parenti di sesso femminile si sarebbe liberato il loro testamento dalle disposizioni limitative della legge Voconia.

[20]) Di quest'opinione è anche il HASSE, *loc. cit.* pag. 214, n. 2. Soltanto non si deve dimenticare che Filo, o Cicerone, parla qui precisamente della limitata capacità di succedere delle donne. Quando pertanto egli domanda perchè una donna non debba avere patrimonio e tocca del diritto particolare delle Vestali, egli pensa innanzi tutto alla loro capacità di succedere: onde cade in acconcio poi di parlare del diritto della libera istituzione in erede della Vestale.

(*) Confr. pag. 663 del vol. precedente.

La Vestale adunque nè può avere eredi *ab intestato* nè può essere essa medesima erede *ab intestato.* Da ciò non si può certamente argomentare *a contrario* con sicurezza che essa abbia un diritto di successione testamentaria nè tanto meno un diritto di successione testamentaria incondizionato, ma non è credibile che quel diritto le fosse tolto senza neppur lasciarle la possibilità di istituire i propri parenti prossimi. Se non che ammesso una volta ciò, il diritto di testare non potea limitarsi a favore dei soli parenti prossimi, perocchè essa non poteva avere nè immediatamente nè mediatamente un diritto di eredità agnatizia. E certo è molto più facile concludere per questo motivo che sia stata ad essa concessa la capacità ereditaria in modo illimitato anzi che semplicemente il diritto di istituire eredi altre donne [21]). Del resto la ragione per la quale essa non poteva ereditare nè avere eredi *ab intestato* sta nel fatto che essa usciva del tutto dalla *familia* e dalla *gens* [22]). Su ciò non ha mai potuto esser dubbio. L'*id quo iure fiat, quaeritur* si riferisce per ciò soltanto alla rivendicazione del suo patrimonio per parte dell'erario quando essa morisse senza testamento. Voleva LABEONE dire che manca una ragione sufficiente al diritto d'acquisto dell'erario, o soltanto che è controverso quale ne sia la ragione? Ambedue le spiegazioni sono possibili [23]). Anche se LABEONE voleva dire soltanto la prima cosa non può però ammettersi che il diritto dell'erario o del fisco, come più tardi si chiamò, ai *bona vacantia* sia stato introdotto dalla *lex Iulia et Papia Poppaea* [24]): egli è solo da ritenere che prima di questa

[21]) Vedi la nota 19. Per la capacità di succedere delle Vestali si pronuncia anche GRATAMA, *Over de Regten van de Vestaalsche Maagden* nei *Bijdragen tot Regtsgelerdheid en Ketgewing door C. A. den* TEX *en I. van* HALL (Sul diritto delle Vergini Vestali, nei Contributi alla scienza del diritto di TEX e HALL), Vol. III, Amsterdam 1828, pag. 292. Lo scritto però non contiene una trattazione vera e propria dell'argomento.

[22]) GRATAMA, *Disp.* cit. nella nota precedente pag. 292 seg. CRAMER, *ad Gellium excursus*, IV, Kiel 1832, pag. 70 seg.

[23]) Sembra che stiano per questa opinione le parole *redigi aiunt.* C. A. SCHMIDT, *Commentatio* (*praemio ornata*) *de successione fisci in bona vacantia ex iure romano*, Jenae 1836, pag. 6. GRATAMA, *loc. cit.* pag. 299 seg.

[24]) Per regola un'eredità vacante poteva esser occupata da chiunque e acquistata mediante l'*usucapio pro herede*, ma che la regola abbia avuto

legge mancassero regole precise e determinate pel diritto del fisco di rivendicare un'eredità vacante. Egli è per ciò che anche nei casi nei quali il diritto di rivendicazione dell'erario era riconosciuto si discuteva sul motivo particolare su cui questo riposava. Questo poteva consistere o in una espressa dichiarazione di legge o nei rapporti personali del defunto. E quest'ultima è la cosa più probabile nel caso presente. Le vergini Vestali erano come sequestrate (*capiebantur*) dal pontefice massimo : questo rito inaugurale prova molto chiaramente che esse in certo senso cadevano in proprietà del tempio di Vesta o dello Stato, onde a questo apparteneva anche il loro patrimonio [25]). Tuttavia come un *servus populi Romani* poteva disporre per testamento della metà dei beni da lui acquistati [26]), e come i figli di famiglia, che per regola acquistavano tutto pel padre, potevano avere un patrimonio libero (*castrense* e *quasi castrense peculium*) del quale era loro lecito disporre, analogamente qui le Vestali avevano piena potestà di disporre per testamento del loro patrimonio senza limite alcuno, salvo che, se non lo avessero fatto, il loro patrimonio andava all'erario, così come andava al padre *iure peculii* il peculio castrense del figlio morto senza testamento [27]).

---

valore incondizionato fin che non venne mutata dalla legge Papia (come ammette anche lo SCHROETER, *Zu der Lehre von den bona vacantia* (sulla dottrina dei beni vacanti), *Zeitschrift für Civilreekt und Process* (Rivista di diritto e procedura civile, Vol. X pag. 90), è cosa contraddetta già dal racconto sopra riferito di Gellio.

[25]) Con ragione il GRATAMA, *loc. cit.* pag. 293 seg., si pronuncia contro l'opinione che il diritto concesso all'erario sul patrimonio della Vestale morta intestata fosse scritto nelle XII Tavole. Se così fosse stato come avrebbe potuto Labeone proporsi la questione circa il fondamento di esso? Il CRAMER, *loc. cit.* pag. 73 seg., crede che le parole *id quo iure fiat quaeritur* non possano attribuirsi nè a Labeone nè a Gellio, e siano un'osservazione di un non troppo sottile commentatore (*scioli cuiusdam*) perchè un Romano non avrebbe mai potuto dubitare circa tale fondamento. Egli stesso del resto dà la sua opinione su questo punto per una mera ipotesi; or perchè non avrebbe potuto un giureconsulto Romano avere qui, come in altri punti, dei dubbi sul fondamento di un principio giuridico riconosciuto? Confr. GAIO, IV, 20.

[26]) ULPIANO, XX, 16. Vedi I. A. SCHULTING, *Animadversiones criticae ad Ulpiani frag.* spec. IV, pag. 19, Lipsiae 1831.

[27]) L. 2, L. 9 D. *de castrensi peculio*, 49, 17. L'opinione esposta nel

Non si può poi porre in dubbio che esistesse un diritto analogo anche pei *Flamines diales* e per gli altri sacerdoti di grado più elevato, perchè anch'essi erano inaugurati nello stesso modo che le Vestali e anche ad essi si allude dove si parla dell'attribuzione all'erario del patrimonio della Vestale morta intestata [28]).

Volgiamoci ora alle cause d'incapacità relativa che si considerano ancora esistenti nel diritto romano nuovo. Esse sono le seguenti:

1.° Il divieto di istituire il principe *litis causa*. Il testo principale sull'argomento così suona:

« Eadem oratione expressit (*D. Pertinax*), non admissurum se hereditatem eius, qui litis causa principem reliquerit heredem; neque tabulas non legitime factas, in quibus ipse ob eam causam heres institutus erat, probaturum, neque ex nuda voce heredis nomen admissurum, neque ex ulla scriptura, quibus iuris auctoritas desit, aliquid adepturum. Secundum haec divi quoque Severus et Antoninus saepissime rescripserunt: licet enim (inquiunt) legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus » [29]).

Taluni scrittori non ricordano neppure questo divieto [30]), dando così un tacito giudizio di sua inapplicabilità odierna, altri

---

testo fu difesa per la prima volta dal CRAMER nel citato Programma a pag. 72 seg. Non si può però aderire incondizionatamente al giudizio che l'A. dà a proposito del testo di Labeone, che su di esso cioè domini *altum silentium eorum, qui nostra aetate Romanae iurisprudentiae historiam tot commentariis, partim ornare, partim onerare voluerint* (p. 74). A lui era rimasta ignota la dissertazione del GRATAMA uscita quasi un lustro prima sul diritto delle Vergini Vestali nei *Contributi* del 1828, dove del resto si muove pure lo stesso lamento, che si sia dedicato sì scarsa attenzione per parte degli scrittori a un sì importante testo (pag. 566). — La spiegazione del GRATAMA del resto soddisfa ancor meno di quella del CRAMER.

[28]) GELLIO, *Noctes Atticae*, lib. I. c. 12. Confr. DERHBURG, *Beitraege zur Geschichte der Roemischen Testamente* (Contributi alla storia dei testamenti romani), pag. 58 seg.

[29]) § 8 I. *quibus modis test. inf.* Conf. sopra tutti L. MENCHEN, (resp. *Dietrico*) *specimen de principe litis causa herede instituto*, Lipsiae 1703, nelle sue *Selectae dissertationes iuridicae* n. XXIV; GUNDLING, *de principe herede ex testamento civium*, Halae 1721, nelle sue *Exercitationes academicae* n. XI. Vedi anche la seguente nota 35.

[30]) Così per esempio in THIBAUT, *Pandette*, II, § 944.

esprimono semplicemente il principio *princeps litis causa heres instituì nequit* senza aggiungervi alcuna delucidazione [31]), o dicono anche in modo generalissimo che il principe non può essere istituito *litis causa* [32]). Il modo come ordinariamente, secondo anche l'esplicita dichiarazione di alcuni, questo divieto è indicato è il seguente: chi ha o teme un processo non può istituire erede il principe colla intenzione di far condurre a questo la causa contro il suo avversario, il quale ne vedrebbe così difficoltato il riconoscimento del suo buon diritto [33]). Ma questa formula dice troppo

---

[31]) Così per es. HOFACKER, *Principia iuris civilis Romani Germanici* II, § 1290; GUENTHER, *Principia iuris Romani privati novissimi*, II, § 735, e la mia *Doctrina Pandectarum*, III, § 641, n. 3 — Nell'edizione tedesca di quest'ultimo trattato io ho solo messo in evidenza la equivocità del principio — LANG, *Lehrbuch des Iust. R. R.* (Trattato di diritto romano Giustinianeo), Magonza, 1829, § 420, n. 9.

[32]) DONELLO, *Commentarii iuris civilis*, lib. VI, cap. 17, § 26; HUFELAND, *Lehrbuch der gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), Vol. II, pag. 139, § 1122, n. 1; WENING-INGENHEIM, *Lehrbuch* (Trattato di diritto civile comune), Libro V, § 44, n. 1; HAIMBERGER, *Reines Roemisches Privatrecht* (Il diritto privato romano puro), Vienna, 1835, III, § 325 n. 1; ROSSHIRT, *Einleitung in das Erbrecht* (Introduzione al diritto ereditario) pag. 61, n. 2a).

[33]) La cosa è detta in questo modo più largo dal HOPFNER, *Commentar über die Institutionen* (Commentario alle Istituzioni), § 487. Più spesso viene esposta in modo più ristretto. Lo SCWEPPE, *Das Roem. Privatrecht* (Diritto privato romano ecc.), § 788, 3ª ediz. per, esempio dice che il principe non può essere onorato in frode dei diritti degli altri: nella 3ª edizione curata dal MEJER, § 788 questo principio è espresso testualmente così: l'istituzione è nulla quando alcuno, che teme di perdere una lite, istituisce erede il principe per vincerla. Il MACKELDEY, *Lehrbuch* (Trattato di diritto romano), § 651, 10ª edizione: « il principe non può essere istituito sotto la condizione di seguitare una causa del testatore contro un privato ». — Qui vi sono al meno tre speciali condizioni o, limiti di che nelle leggi manca ogni traccia. Queste non parlano in fatti di istituzione sotto condizione, nè di continuazione di una causa già iniziata, nè è detto che l'avversario debba essere un privato; perchè non potrebbe essere, per esempio, una città? — E. M. ZACHARIAE, *Institutionen des R. R.* (Istituzioni di diritto romano), Breslavia. 1816, pag. 523. richiede che gli avversari siano creditori o debitori dell'eredità. — HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto di successione), § 26, n. 1: Il principe che fu istituito affinchè continuasse una lite già istituita dal testatore pel proprio patrimonio. — SEUFFERT, *Lehrbuch des practischen Pandectenrechts*

poco, e ciò è provato dal testo da noi sopra riferito e dalla connessione in cui questo divieto sta colla nota regola *princeps legibus solutus est* [34]), regola questa che in origine non si concilia certamente colle possibilità di una istituzione per lo scopo che l'erede inizii o seguiti un giudizio. Il principio *princeps litis causa institui nequit* abbraccia due diversi principii:

1.° il principe non può essere istituito allo scopo di condurre una lite, nè in generale per indurre un avversario al riconoscimento o alla rinuncia di certi diritti;

2.° un testamento invalido non può valere neppure a favore dell'imperatore [35]).

A) Per ciò che tocca al primo di questi due principii, esso è collegato col noto divieto della sostituzione di un avversario più potente nella lite. Nella corruzione di costumi invadente a Roma sembra fosse divenuto molto comune di far entrare nei processi persone che potessero imporre per il loro potere o la loro considerazione, rendendo così più difficile all'avversario il far valere o difendere vigorosamente i proprii diritti, e già in tempi

---

(Trattato pratico del diritto delle Pandette), Vol. III, § 533, n. 2: Il principe, in quanto sia istituito al fine di mettere in condizione d'inferiorità l'avversario in una lite contro il testatore.

[34]) Vedi oltre il testo citato delle Istituzioni L. 23 D. *de legatis*, III, 32, L. 3 Cod. *de test.* 6, 23 e altri testi che citeremo in seguito.

[35]) Questi due principii acquistarono forza di legge per un senatusconsulto emanato dietro proposta dell'imperatore Elvio Pertinace (*oratio divi Pertinacis*). Ciò è attestato chiaramente dal citato passo delle Istituzioni e anche da Giulio Capitolino, in *vita Pertinacis* c. 7. Il senatusconsulto fu occasionato dai frequenti abusi del potere imperiale in riguardo ai testamenti invalidamente fatti a favore dell'imperatore. Esso determinava in primo luogo che un primo testamento potesse essere annullato soltanto da un testamento posteriore perfetto e sotto questo aspetto esso è già stato esaminato in questo *Commentario*, a pag. 171 del volume presente. Il restante contenuto del senatusconsulto così ci è tramandato da Capitolino in pieno accordo con Giustiniano: « professus est, nullius se aditurum hereditatem, quae aut adulatione alicuius delata esset, aut lite perplexa, ut necessarii privarentur ». — Non è da credere che vi fosse espressa letteralmente nè che vi fosse espressa per la prima volta la regola *princeps litis causa heres institui nequit*; l'*instituere litis causa* aveva prima certamente un significato molto più ristretto.

assai antichi si cercò di evitare le frodi di questa specie mediante editti o leggi [36]). Ma il male crebbe più tosto che diminuire. In particolare si tentava spesso di collegare al proprio l'interesse dell'imperatore e del fisco: si diceva di esser debitori del fisco per avere in questo un difensore [37]), gli si donava una parte dell'oggetto della lite o del credito [38]) e si dava anche tutto all'imperatore mediante donazioni, legati o istituzioni in erede [39]). Alcuni imperatori dissero da prima che essi non avrebbero accettati simili doni [40]) e così venne gradualmente formandosi una regola fissa sulla invalidità di simili disposizioni, regola così espressa da PAOLO:

« Litem in perniciem privatorum fisco donari non oportet, nec ab eodem donata suscipi.— Imperatorem litis causa heredem institui insidiosum est; nec enim calumniandi facultatem ex principali maiestate capi oportet ». (*Sent. Rec.* V, 12, 7, 8) [41]).

Si stabilì anche che nessuna persona privata potesse invocare i privilegi del fisco sotto il pretesto di un pubblico interesse [42]) e che il fisco son potesse mai assistere nei loro processi persone private [43]).

---

[36]) Vedi la mia *Cession der Forderungsrechte* (Cessione dei crediti), § 30, pag. 357-362, 3ª edizione.

[37]) L. 1, 3, 4 C. *ne fiscus vel respublica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet* (II, 18).

[38]) L. 2 C. *eod.*

[39]) L. 22, § 2 D. *de iure fisci* (49, 14); PAULLI, *Sent. rec.*, Lib. V, Tit. 12 § 7, 8, (L. 91 D. *h. t.*).

[40]) Vedi per esempio TACITO, *Annales*, II, c. 48, sopra Tiberio, PLINIO *Panegyricon* c. 43, su Traiano, SPARZIANO, *Hadrianus* c. 18. Conf. GUNDLING *exerc. cit.* cap. IV, § 7, 8 e le citazioni ivi a nota 38.

[41]) *Ibidem* § 8. Questo secondo testo è stato accolto nella compilazione come L. 91 D. h. t.

[42]) L. 1 C. *ne fiscus vel respubl.* « Reipublicae iuribus adiuvari te sub obtentu quantitatis, quam eidem reipublicae debes, contra iuris rationem desideras. » — L. 2 *eod.* « Cum allegas, partem rerum vel actionum dimidiam fisco, quo magis eius iuribus protegaris, velle te donare, huiusmodi litium donationem admitti, temporum meorum disciplina non patitur Unde ius tuum, si quod tibi competit, citra invidiam fisci mei tueri sollenniter cura ».

[43]) L. 3, 4 Cod. *ne fiscus vel res publ.* 2, 17, MÜHLENBRUCH, *Cession* (Cessione dei crediti), pag. 361.

Con ciò non erano proibite in modo assoluto le donazioni o i legati di credito all'imperatore e neppure le istituzioni in erede [44]), essi erano proibiti soltanto *litis causa*, vale a dire che tali disposizioni non doveano esser fatte allo scopo di imporsi all'avversario coll'intervento dell'imperatore, difficoltandogli la persecuzione del proprio diritto come attore o come convenuto. A dir vero nella pratica nessuno fa una tale confessione, ma la mala fede del testatore si può benissimo riconoscere. Questo, per esempio, avviene senza dubbio quando l'istituzione si faccia coll'onere di iniziare un processo o di non trascurarne uno già iniziato. Anche la prova addotta di sentimenti di inimicizia contro l'avversario o la calda preghiera diretta all'erede di seguitare il processo costituiscono motivi sufficenti per ritenere che l'istituzione del principe sia fatta a quello scopo litigioso, e così anche l'essersi vantato di avere istituito o di volere istituire l'imperatore [45]). S'intende da sè del resto che se in questi o simili casi si presume che l'istituzione sia fatta in frode della legge, è sempre ammessa però la prova del contrario [46]). Nulla importa poi se l'erede creda o non creda giusta la sua causa e neppure se la sia o non la sia. L'atto è proibito sempre in quanto esso è un mezzo illecito per perseguitare il proprio interesse, da ciò solo dipende il danno giuridico di esso. Non è detto già che chi vuol vincere una causa ingiusta non possa istituire erede l'imperatore, bensì che l'imperatore non può essere istituito *litis causa*. Alcuni tuttavia sostengono che non basta la prava intenzione del testatore e che l'istituzione deve ritenersi valida se appaia in seguito che l'avversario non aveva alcun diritto contro di lui [47]). S'invoca perciò l'analogia delle alienazioni *in fraudem creditorum* dove debbono concorrere l'intenzione

---

[44]) L. 16 Cod. *de test.* 6, 23. Mencken, *Disp. cit.* th. XV.

[45]) Che con simili vanterie si cercasse anche di spaventare l'avversario è provato dalle parole di Paolo « *qui se heredem imperatorem facturum iactaverat* », *Sent. Rec.*, V, 12, 9. L. ult. Dig. *qui test. fac. poss.* 28, 1. — Vedi nota 83.

[46]) L. Mencken, *loc cit.* th. XVII.

[47]) Mencken, *loc. cit.* th. XIV.

di frodare e il danno effettivo [48]): ma questa analogia non regge, perchè da un lato l'invalidità dell'istituzione d'erede si ha solo quando essa sia avvenuta *litis causa*, dall'altro ciò è inconciliabile anche collo scopo della disposizione di legge, questa anzi non sarebbe neppure applicabile. Il fondamento di questa è il timore che il riguardo all'interesse dell'imperatore possa influire in danno della imparziale amministrazione della giustizia. Ora è solo una sentenza efficace quella che può in definitiva accertare se una pretesa fosse o no giusta: ma da che cosa si può riconoscere e chi può giudicare se la sentenza del giudice sia stata o no soggetta ad una tale influenza? Al contrario non può questa disposizione estendersi ad altre persone che potrebbero parimente influire in danno della giustizia per la loro potenza o alta posizione, per esempio alla moglie del principe [49]). Questa limitazione è, a dir vero, collegata strettamente colle regole stabilite contro l'intervento di un avversario più potente nel processo, ma non ogni disposizione speciale di legge, che derivi da questo motivo, si può applicare a casi pei quali essa non sia stata espressa: per vedere se ciò possa farsi occorre prima di tutto considerare se essa valga come un principio di diritto singolare o meno. Evidentemente qui siamo nella prima ipotesi, perchè il motivo dell'istituzione di erede non ha qui alcuna importanza e anche se all'erede fosse imposto come condizione di agire contro l'avversario del testatore o di sfruttare tutta la propria influenza personale per la vittoria della causa, la condizione non dovrebbe adempiersi perchè condizione turpe, ma l'istituzione d'erede avrebbe pieno vigore [50]). Vero è che l'intervento dolosamente provocato di un avversario più potente è dichiarato illecito e nullo [51]), ma, qualunque cosa si pensi sul vero significato e sull'odierna efficacia di questo divieto, certo è che per esso i debitori doveano esser garantiti soltanto contro le ces-

---

[48]) L. 10, § 1 D. *quae in fraudem cred.* 42, 8.

[49]) Di opinione diversa sono MENCKEN, *loc. cit.* e GUNDLING, *Exerc. cit.* cap. VI § 24.

[50]) L. 14 D. *de cond. inst.* 28, 7.

[51]) T. Th. C. *ne liceat potentiorib. patrocinium litigantib. praestare, vel actiones in se transferre* (II, 14).

sioni fatte dolosamente in danno loro [52]). La trasmissione del diritto nel patrimonio complessivo, cioè per successione universale, non può dunque essere considerata come semplice conseguenza di una fraudolenta *cessio in potentiorem,* essa è invece un principio singolare incapace di essere esteso ad altri casi.

B) Un testamento nullo per la forma o per la sostanza, per esempio per lesione dei diritti degli eredi necessarii, non può valere neppure a favore del principe, vale a dire non può esser considerato valido pel fatto che in esso è istituito l'imperatore. L'origine di questo principio di diritto si trova nell'avidità di alcuni imperatori [53]). Questi si servivano di qualunque mezzo per ottenere che qualche cosa fosse lasciata loro per testamento, anzi arrivavano sino a dichiarare nulli quei testamenti nei quali essi non fossero istituiti [54]). Così anche al principio *princeps legibus solutus est* si attribuì un significato del tutto diverso dal suo vero per dare a delle pretese ereditarie ingiuste un apparente fondamento giuridico. Nella sua maggiore estensione stessa quel principio poteva infatti significare soltanto che:

a) il principe non è soggetto alle speciali limitazioni della capacità di acquistare scritte in leggi positive, come la legge Cincia e la legge Giulia e Papia;

b) che nei negozii giuridici proprii non è soggetto alle forme e alle altre limitazioni del diritto positivo [55]). Si cercò anche di estendere la cerchia di applicazione di essa fino ad applicarlo a tutti i testamenti difettosi o nulli secondo i principii del diritto comune, ma alcuni imperatori si dichiararono contro questa estensione [56]) e così si venne a formare una regola, che

---

[52]) Vedi la mia *Cession* (Cessione dei crediti), § 30, pag. 367 seg.

[53]) Vedi Tacito, *Annales*, XVI, c. 17. Altri casi sono enumerati dal Gundling, loc. cit. cap. 14.

[54]) Svetonio, *Vita Caligulae*, c. 38.

[55]) Confr. Welcker, *Die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe* (I fondamenti ultimi del diritto, dello Stato e della pena), pag. 532 seg. Hugo, *Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano) 11ª Ediz. pag. 722 Schweppe, *Rechtsg* (Storia del diritto romano) § 171 n. 1. 3. ediz.

[56]) Essi, per esempio, asseriscono che anche contro un testamento nel quale fosse istituito l'imperatore si poteva intentare la querela d'inofficioso.

del resto era intuitiva, la regola cioè che i testamenti difettosi o nulli non doveano valere neppure a favore dell'imperatore:

« Ex imperfecto testamento legata vel fidei commissa imperatorem vindicare inverecundum est, decet enim tantae maiestati eas servare leges, *quibus ipse* solutus esse videtur » [57]),

o, com'è detto in altro luogo: « Ex imperfecto testamento nec imperatorem hereditatem vindicare posse saepe constitutum est. Licet enim lex imperii [58]) *solemnibus iuris imperatorem solverit*, nihil tamen tam proprium imperii est quam legibus vivere [59])».

Se gl'imperatori si vantano qui di non voler fare uso di un diritto loro spettante, questo non prova che quei principi, che si appropriavano le eredità o i legati lasciati loro in testamenti nulli, avessero dalla loro il diritto, ma è solo una testimonianza della falsa applicazione fatta in alcuni casi della regola *princeps legibus solutus est*. Perocchè gl' imperatori poteano bene essere esenti dalle limitazioni del *ius capiendi* e dai *solemnia iuris*, ma che cosa si può argomentare da ciò in favore del loro diritto di acquistare in base a negozii nulli? In fatto poi la frase tanto spesso ripetuta *licet legibus soluti sumus, attamen legibus vivimus* od altra simile, è una frase insignificante colla quale si fa mostra di sentimenti liberali, che non hanno però alcun serio fondamento giuridico; perchè la prova migliore che gl'imperatori non intendessero punto di abbandonare diritti a loro veramente competenti, si ha nel fatto che le applicazioni possibili della massima *princeps legibus solutus est* si trovano ancora nelle compilazioni come diritto vigente [60]).

— L. 8 § 2 Dig. *de inoff. test.* 5, 2. — Si imperator sit heres institutus posse inofficiosum dici testamentum *saepissime rescriptum est*. — Confr. la nota 35 sopra e NOODT, *Diss. de iure summi imperii*, Opera I, p. 547 seg.

[57]) L. 23 Dig. *de leg.* III, 32. NOODT, *Observationes*, lib. I, c. 4.

[58]) Su questa *lex imperii* o *lex regia*, com'è anche detta, confr. HUGO, *Storia* pag. 722; DIRKSEN, *Civilistiche Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile), vol. I, pag. 176. ZIMMERN, *Geschichte des roem. Privatrechts* (Storia del diritto romano privato), I, § 43, pag. 146 e il mio *Lehrbuch* (Trattato di Pandette) § 4.

[59]) L 3 Cod. *de test.* 6, 23. Vedi anche § 8 I. *quibus modis test. inf.* 2, 17, L. 4 Cod. *de legibus* 1, 14.

[60]) Vedi per es. L. 26 Cod. *de don. inter virum et uxorem*, 5, 10.

Che il principio *princeps litis causa heres institui nequit* si riferisse in generale ai testamenti nulli o difettosi è cosa spesso dimenticata, e più spesso dai moderni che dagli antichi [61]), mentre, per esempio, nel VINNIO se ne trova un'applicazione completa [62]). D'altro lato si è andati troppo in là quando si è affermato che non ogni istituzione del principe *litis causa* sia nulla, ma soltanto quella fatta in un testamento difettoso [63]). Nè meno inesatto sarebbe l'intendere le parole del § ult. I. *quibus modis test. inf.* « neque ex nuda voce heredis nomen admissurum » nel senso particolare che l'imperatore non poteva essere istituito in un testamento nuncupativo [64]), perchè evidentemente non si allude qui al contrapposto fra testamento orale e testamento scritto e *nuda vox* ha lo stesso significato che altrove *nuda voluntas* [65]), indica cioè la mancanza della forma prescritta dalla legge o delle solennità testamentarie. Una questione diversa è però quella se una tale limitazione non esistesse veramente per quei testamenti nei quali era istituito l'imperatore o qualche altro *potentior*, in altre parole se simile istituzione non potesse

---

[61]) Nella trattazione esegetica del testo, prima così frequente, naturalmente non poteva non esser notato il duplice riferimento di quel principio. I sistematici antichi, come i moderni, invece hanno avuto sott'occhio soltanto il significato etimologico della frase *litis causa heredem institui*. Vedi CONNANO, *Commentarii iuris civilis*, lib. X, cap. VI, n. 6. T. II, p. 370; DONELLO, loc. cit. sopra a nota 32. — Il primo però professa l'opinione tutta sua propria che all'imperatore non fosse vietato di adire tali eredità, ma solo ciò fosse riprovato. Vedi anche MENCKEN, *Disput. cit.* th. XVIII

[62]) VINNIO, ad § 8 I. *quibus modis test. infr.* Vedi anche BARONE e OTTONE, ad eundem locum, e le note del FABROTO e altri a TEOFILO nota 2. ediz. REITZ, T. II, p. 414 seg.

[63]) Vedi in senso contrario FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. LXVIII, err. III, in f. err. IV; GUNDLING, *Exerc. cit.* cap. IV § 23, il quale però a torto ritiene che quest'opinione si trovi anche in TEOFILO e nella Glossa.

[64]) TEOFILO, nelle Parafrasi al § 8 I. *quibus modis test. inf.* si esprime qui in modo così equivoco, che di solito gli si attribuisce quest'opinione. Il REITZ, però (loc. cit.) lo difende, osservando che TEOFILO, dice soltanto che l'imperatore non può ottener nulla nè per testamento scritto nè per testamento orale quando il testamento non sia giuridicamente valido.

[65]) L. 11 in f. Dig. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11. SCHRADER, Nota ad § 8 I. *quibus modis test. inf.*

avvenire soltanto in un testamento scritto. A ciò si riferisce una costituzione degl'imperatori ONORIO e TEODOSIO II dell'anno 416[66]: « Nolumus convelli deficientium (cioè morientium) scriptas iure ac solenniter voluntates, dum quoddam morientis supremum et non adscriptum (scriptum) processisse confirmatur arbitrium, tamquam patrimonium suum ad nos deficiens maluerit pertinere. Omnibus enim privatis et militantibus, interdicimus ne huiusmodi perhibeant testimonia, et falsi criminis reos teneri praecipimus, si cum scriptae iure ac solenniter deficentium exstiterint voluntates, non scriptum aliquid sub nostrorum nominum mentione falso abstruere moliantur. Nemo itaque relictus heres, vel legibus ad successionem vocatus, nostrum vel potentium nomen horrescat, nemo ferre testimonia in hun modum vel suscipere gestis huiusmodi voces audeat nostrorum vel etiam privatorum potentium nomine[67]. Maneat arbitrium, quod vera et solennis scriptura commendat; excludatur, si quid adversus eam, vel deficientis animum sub deferenda hereditate nostrae perennitati per testimonia non scripta et falso contexta asseveretur, nemo scriptis proprium auferat robur et non scriptis sub praetextu nostri vel potentium nominis ingerat firmamentum ».

Giacomo GOTOFREDO nel suo Commentario al Codice Teodosiano interpreta questa costituzione nel senso che essa disponga che un testamento scritto fatto nella forma legale non possa esser revocato da un posteriore testamento orale nel quale sia istituito l'imperatore o un altro potenziore, ma se non esista alcun testamento precedente anche un semplice testamento orale possa esser fatto validamente a favore dell'imperatore o di altre persone potenti. Ciò perchè la costituzione ha secondo lui per iscopo di regolare i rapporti fra un testamento posteriore orale e uno precedente scritto, di guisa che le parole colle quali si accenna che il chiamato alla successione *legibus* non possa esser escluso per mezzo di un testamento orale non deb-

---

[66]) L. 5 Th. Cod. *de test. et codicillis*, 4, 4. Corrispondente alla L. 20 Iust. Cod. *de test.* 6, 23.

[67]) La costituzione è accolta nel Codice Giustinianeo soltanto fino a questo punto.

bono riferirsi agli eredi intestati che siano anche stati istituiti in un testamento scritto.

Nel Codice di Giustiniano invece la costituzione avrebbe assunto il significato attribuitole anche dalla Glossa [68]), quello cioè che l'imperatore non possa essere istituito erede in un testamento imperfetto, e per ciò un testamento orale posteriore fatto validamente davanti a sette testimoni non avrebbe minori effetti quando vi fosse istituito l'imperatore che quando fosse fatto a favore di qualunque altra persona.

Contro questa interpretazione possono elevarsi dei seri dubbî, non ostante che essa abbia incontrato qualche favore [69]).

In primo luogo è arbitrario il voler limitare il senso della frase indicante gli eredi intestati ai soli eredi intestati istituiti, perchè essa parla espressamente di un erede chiamato dalla legge. Se l'imperatore avesse pensato effettivamente a testamenti validi secondo il diritto comune, il senso della sua disposizione sarebbe stato evidentemente questo: l'imperatore e le persone potenti non possono essere istituiti eredi in un testamento orale.

Questa interpretazione non è certamente esclusa dal fatto che qui si parli prima di un testamento già esistente: la semplice mancanza di una connessione ordinata dei pensieri, che tanto spesso s'incontra nelle costituzioni imperiali, non ci autorizza a limitare la portata della disposizione legislativa con un presupposto che nella legge non è neppur indicato. Ma nulla poi giustifica il concetto che Giustiniano abbia accolto nel suo Codice la costituzione con un significato diverso da quello originario; perchè la costituzione è accolta alla lettera, salvo due varianti interpretative di nessuna entità [70]) e la soppressione della frase finale, il contenuto della quale

---

[68]) Anche qui si vuol trovare nella Glossa qualche cosa, che essa non contiene. La spiegazione della Glossa di Accursio consiste soltanto nel dire che un *testamentum solenne* non può asser revocato da uno *minus solenne* nel quale sia istituito l'imperatore. Ma non è detto che cosa s'intenda qui per *minus solenne testamentum*.

[69]) L'accoglie il Gundling, *Exerc. cit.* cap. IV, § 15.

[70]) Nel codice di Giustiniano, si trova *scriptum* in vece di *adscriptum* e *suscipere in gestis* anzi che *suscipere gestis*.

non è diverso da quello della parte conservata. Per cui apparirebbe sempre più fondata l'opinione secondo la quale l'imperatore ed altre persone potenti non potrebbero essere istituiti affatto nei testamenti orali [11]), mentre la comune sentenza per la quale soltanto un testamento scritto precedente non potrebbe esser annullato da uno posteriore orale a favore dell'imperatore o di un *potentior* [12]), fa restare inesplicabili le parole *vel legibus ad successionem vocatus*. I maggiori argomenti stanno però per l'opinione che TEODOSIO non abbia vietato in modo assoluto l'istituzione dei *potentes*, ma abbia semplicemente voluto stabilire che essa si facesse in una data forma. Qui non è il caso di esaminare se per la validità in generale di ogni testamento fosse in quei tempi richiesta per regola la scrittura [13]); ai tempi di GIUSTINIANO valevano senza dubbio anche i testamenti orali e da questo punto di vista deve certamente essere interpretata la costituzione, posto che essa fa parte della collezione Giustinianea. La legge però non parla di testamento orale, essa dice soltanto che non si deve tener conto della testimonianza di chi affermi di aver udito che il testatore voleva lasciare il suo patrimonio all'imperatore e che per effetto di essa non possa esser escluso il diritto dell'erede testamentario nè quello dell'erede intestato, e che sia per ciò vietato a chiunque di rendere simili testimonianze e ai giudici di riceverle (*suscipere gestis*, cioè mettere a protocollo). Nè deve trarci in errore il fatto che qui si parla di *scriptae iure ac solemniter deficientium voluntates*, perchè nella compilazione di GIUSTINIANO si trovano anche altre disposizioni dalle quali si potrebbe concludere che solo i testamenti scritti siano riconosciuti come validi atti di

---

[11]) Di quest'opinione è anche il BRUNNEMANN, ad L. 16, 20 Cod. *de test.* n. 7, benchè non si dichiari in modo del tutto preciso.

[12]) OOSTERGA, *Censura Belg. in Cod.* ad h. l. p. 254.

[13]) Vedi LOEHR, *Archiv für die civilistiche Praxis* (Archivio della pratica civile), Vol. VI, pag. 332, 336. Decisamente contraria è tuttavia la dichiarazione dello stesso imperatore nella L. 2 Th. Cod. cit. dove è parola di una *legitima scriptura vel nuncupatio*. Vedi anche SCHILLING, *Bemerhungen* ecc. (Osservazioni sulla storia del diritto romano), pag. 427, nota 7, e pag. 268 seg. del Vol. I, del presente libro XXVIII del *Commentario*.

ultima volontà [74]) e invece non provano se non che i testamenti orali erano meno frequenti [75]). In una parola gl'imperatori prendono qui in considerazione la forma più comune di testamento e le *scriptae solemniter voluntates* altro non sono che testamenti fatti nella forma legittima. Ma per qual motivo gl'imperatori vennero qui a dare una disposizione particolare su cosa che già era sottintesa? La ragione era la stessa che dette origine anche [ad altre disposizioni di legge contro l'avidità dei potenti e l'abuso della loro influenza, quale per esempio la disposizione degli stessi imperatori proibente di lasciare nulla al principe *codicillis vel epistolis* [76]). Questa disposizione non significa già che solo per l'imperatore il codicillo sia privo di efficacia; la cosa cammina diversamente. COSTANTINO non aveva, come di solito si afferma, stabilito alcuna forma speciale pei codicilli, l'aveva anzi abolita ordinando che anche le così dette disposizioni codicillari dovessero farsi davanti a 7 o 6 testimoni, vale a dire nella forma del testamento pretorio o del testamento civile per mancipazione [77]). Tuttavia si seguitavano a fare delle disposizioni a favore dell'imperatore senza seguire tale forma, onde all'imperatore sembrò necessario dichiarare che queste non doveano valere più di quello che avrebbero valso se fatte a favore di un privato [78]).

Presso a poco lo stesso accade per la questione risolta in questa costituzione. Certo era questa una prova di condizioni assai tristi dell'amministrazione della giustizia, se ai potenti dell'impero poteva

---

[74]) Vedi per es. Tit. Dig. (29, 3) e Cod. (6, 32) *testamenta quemadmodum aperiantur inspiciantur et describantur.*

[75]) Vedi il mio *Lehrbuch* (Trattato delle Pandette), III, § 658.

[76]) L. 2 Th. Cod. *de test. et codic.*

[77]) L. 1 Th. Cod. *de test.* Vedi MAREZOLL, nel *Magazin* (Magazzino) di GROLMANN e LOEHR, Vol. IV, pag. 164 seg. DANZ, *Ueber die äussere Form der Codicille* (Sulla forma esteriore dei codicilli) nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile), Vol. IX, Diss. VIII, pag. 222-225.

[78]) GIUSTINIANO, non ha accolto nel suo Codice la L. 2 Th. Cod. cit. perchè in seguito tornò a farsi una distinzione, benchè diversa dall'antica, fra codicilli e testamenti, onde non si poteva più dire che l'imperatore non potesse acquistare per codicillo.

riuscire di escludere dalla successione gli eredi aventi diritto, più non avendo a favor proprio un testamento valido; ma questo e simili abusi avvenivano indubbiamente, massime nelle provincie [79]). Pei potenti non era certo difficile trovare qualche testimone, che deponesse secondo i loro desiderii, e giudici compiacenti che sulla base di tali testimonianze attribuissero loro l'eredità. Certo, sarebbe stato anche possibile procurarsi sette persone che deponessero l'esistenza di un testamento formale; ma, allora, sarebbe stato anche possibile fare delle tavole testamentarie false e trovare testimoni che ne attestassero la serietà. La stessa ragione, per la quale si credeva qui di dover dichiarare nulli i testamenti orali, avrebbe logicamente dovuto condurre a proibire ogni testamento a favor di potenti. Ma il legislatore non poteva nè volle andare tanto oltre. Le sue disposizioni eran dirette soltanto contro gli atti contrari al diritto. E sebbene fosse sottinteso che nessuno poteva invocare a proprio favore una disposizione difettosa per la forma o addirittura inesistente, tuttavia la corruzione del tempo e la mala amministrazione della giustizia resero necessario uno speciale divieto per legge, per dare risalto al quale poi fu anche disposto che chiunque avesse fatto una simile testimonianza sarebbe andato soggetto alle pene del falso. Questa circostanza è anche una conferma assai importante dell'interpretazione qui accolta dalla legge [80]). È egli infatti ammissibile che si siano minacciati di tale pena coloro che fossero stati adibiti come testimoni in un testamento orale e poi avessero in seguito reso testimonianza in proposito? A rigore, non v'è nulla di contrario al diritto neppure nel fatto di colui che conferma colla sua testimonianza l'esistenza di una dichiarazione vera del testatore benchè non fatta nella forma del testamento (vedi i testi citati nella nota 83), ma l'onorato non potea fondare alcuna pretesa su ciò; e per opporsi con maggior efficacia ai tentativi di lucrare per tal modo i

[79]) La nostra costituzione (L. 5 Th. Cod. cit. o L. 20 Inst. Cod. cit.) menziona ancora; specialmente nell'inscrizione, i provinciali. — Vedi la mia *Cessione dei crediti*, pag. 361 seg.

[80]) È degno di nota che il BRUNNEMANN, *loc. cit.*, appunto da ciò desume che l'imperatore abbia avuto dinnanzi agli occhi testamenti verbali validi.

beni altrui furon dichiarati coloro che si fossero prestati a far testimonianza sopra un atto di nessun valore complici e favoreggiatori dell'atto *contra legem*. Ma anche le singole espressioni della legge confermano che qui non deve trattarsi di una limitazione del diritto dei grandi e dei potenti, ma soltanto del modo per evitare una influenza abusiva e illegittima del loro potere [81]). In fine con questa interpretazione della legge concorda anche letteralmente lo *interpretatio* dei Visigoti:

« Placuit voluntatem defunctorum ea ratione servari, ut *si deficiens quis non fecerit testamentum, non potest* cuicunque *pro perfecto uti, quod imperfectum resedit,* nec admittit hanc testificationem principis clementia, si forte dicat aliquis: audivi morientem velle, ut principi, vel etiam his personis quae potestati adjunctae sunt, vel cujuscunque potentis taliter deputatum, hanc vocem admitti non patitur. Et *sicuti legitimas scripturas vel in suam personam, vel in quascunque alias potestates, sive in privatos valere mandavit,* ita *imperfectam et sub tali testificatione prolatam, penitus valere non voluit* » [82]).

La costituzione di Teodosio adunque non contiene nulla di più di ciò che era già espresso nell'*oratio Pertinacis,* la disposizione cioè che neppur l'imperatore può acquistare in base ad un testamento difettoso o imperfetto [83]). Ma in quale rapporto sta

---

[81]) Per es. « nemo.... nostrum vel potentium nomen *horrescat* » e più oltre: « testimonia non scripta *et falso contexta* ».

[82]) Quest' interpretazione è rigettata dal Gotofredo, *Comm. ad Th. Cod.* h. l., ma senza addurre alcuna ragione.

[83]) La costituzione dice presso a poco lo stesso che Paolo nelle *Sent. Rec.* V, 12, 9 colle parole: « eius bona, qui se imperatorem heredem facturum esse *iactaverat* a fisco vindicari non oportet » e nella L. ult. D. *qui test. fac. poss.* 28, 1 — Vedi sopra nota 45. Qui, come in altri casi, non si fa che rafforzare colla ripetizione una disposizione già esistente che non si eseguiva pienamente. Serve a spiegazione di ciò anche quanto Svetonio, *Domitianus* c. 12 dice di Domiziano: « Confiscabantur hereditates, vel existente uno, qui diceret, *audisse se ex defuncto, cum viveret heredem sibi Caesarem esse.* »

Si vede di qua che alcuni imperatori si spinsero in fatto tanto in là da ritenere valido testamento qualunque dichiarazione del testatore a loro favore. Contro questi abusi si dichiararono gl'Imperatori Onorio e Teo-

questa disposizione col principio *princeps litis causa heres institui nequit?* Egli è più che probabile che questo non sarebbe nato come conseguenza di quella, ma, una volta nato, lo si applicò anche a questo riguardo col significato particolare che l'imperatore non poteva essere istituito ad evitare l'impugnazione di un testamento invalido, quindi *litis vitandae causa*. Al contrario il rapporto di quel principio con l'altro *princeps legibus solutus est* non può riguardare che questa seconda applicazione, questa regola cioè non poteva estendersi sino al punto di ammettere che l'imperatore non potesse essere istituito validamente anche in un testamento nullo.

Se si ammettesse anche questa prima applicazione del principio la cosa si presenterebbe in questi termini: l'imperatore non è vincolato all'osservanza delle regole di diritto positivo, ma il divieto di sostituire un avversario più potente in una lite vale anche per lui, e ciò non può ottenersi anzi neppure mediante la istituzione in erede.

Alcuni imperatori, del resto, andarono anche più oltre, dichiarando che essi avrebbero accettato eredità soltanto dagli amici, non anche da persone a loro ignote [84]). Ma poichè il diritto non si formò su questo punto e nella compilazione non si ha traccia di ciò, l'istituzione del principe per parte di persone a lui sconosciute deve ritenersi valida [85]).

In fine per ciò che riguarda l'applicazione odierna di questi principii è indubitato che in base a un testamento nullo non può acquistare neppure il principe. Non si vede però per qual motivo

---

DOSIO, come già avevan fatto anche altri loro predecessori. — Del resto deve confrontarsi colla spiegazione qui esposta dalla legge quella del FABRO, *Errores pragmaticorum*, Dec. LXVIII, err. 1-10, dove insieme ad alcune osservazioni esatte ed acute vi sono tanti errori quanti quelli che egli cerca di combattere.

[84]) TACITO, *Annal.* Lib. II, c. 47. « Neque hereditatem cujusquam adiit, nisi cum amicitia meruisset. *Ignotos* et aliis infensos, eoque principem nuncupantes, procul arcebat ». — PLINIO, *Panegyr.*, c. 43. « Scriberis ab amicis, *ab ignotis praeteriris* ».

[85]) GUNDLING, *loc. cit.*, cap. VI, § 26.

la prima applicazione del principio non sarebbe ancora ammissibile. Infatti non è certo una sufficiente ragione il dire che l'istituzione *litu causa*, in frode cioè dell'avversario, è rara e difficilissima a provare [86]). Si potrebbe forse obiettare ancora che il pericolo di una dannosa influenza nella giustizia si ha ugualmente quando il principe sia interessato come parte in un processo, ma questo non è un motivo per dichiarare oggi inapplicabili le particolari disposizioni limitative che da quel pericolo derivano. Del resto non è quel solo pericolo che ha dato origine alla disposizione, essa è diretta anche contro l'agire fraudolento pel testatore.

2. — Secondo una costituzione degl' imperatori Arcadio, Onorio e Teodosio dell'anno 405 [87]) i padri che non abbiano figli legittimi, nipoti *ex filio*, nè madre vivente, possono lasciare per testamento o dare per donazione ai figli naturali, *quos ex quaesito susceperint contubernio*, tre dodicesimi dell'asse; se poi abbiano madre vivente o discendenti legittimi (*matre vero vel ceteris personis, quae ex connubio sunt, hoc est legitimis filiis, vel nepotibus ex filio, viventibus*) possono lasciare ai figli naturali soltanto un dodicesimo. Secondo la *subscriptio* questa costituzione sarebbe quella che figura come L. 2 Cod. *de nat. lib.* 5, 27 nel Codice Giustinianeo [88]), dove suona così: « Matre, vel legitimis filiis, vel nepotibus aut pronepotibus cujuscunque sexus, uno pluribusve, existentibus, bonorum suorum unam tantum unciam pater naturalibus filiis seu filiabus eorumque genitrici; vel si sola sit concubina, semiunciam largiendi vel relinquendi habeat potestatem. Quidquid vero ultra modum concessum relictum sit, legitimis filiis, vel matri, vel ceteris successoribus jure reddatur ».

---

[86]) Vedi Hoefner, *Commentar*, (Commentario alle Istituzioni), § 486, nota 1 a.

[87]) Nelle edizioni del Codice Teodosiano questa costituzione non si trova, ma anche essa è stata pubblicata per la prima volta da Amedeo Peyron nel 1823, desumendola dal palinsesto torinese. Nell'edizione dei 5 primi libri del Codice curata dal Wenck, si trova come L. 6. *de naturalibus filiis*, 4, 6.

[88]) Nell'iscrizione manca il nome dell'imperatore Teodosio.

Però nè le parole nè il contenuto concordano pienamente con quella costituzione e troviamo queste diversità:

a) manca la precisa disposizione che anche coloro che hanno una discendenza legittima non possono lasciare ai figli illegittimi o anche alle loro madri più di tre dodicesimi e anche

b) la disposizione che solo i nipoti *ex filio* possano far ostacolo ai figli illegittimi perchè è detto in modo generalissimo *vel nepotibus aut pronepotibus existentibus;* mentre poi

c) è aggiunta la disposizione (probabilmente da una costituzione di ARCADIO e ONORIO del 397, di cui si conservano solo alcuni frammenti in un palinsesto Torinese [89]) che ciò che i figli illegittimi e la loro madre non possono ricevere debba andare agli eredi intestati. Non per questo però deve ritenersi tolta la limitazione delle capacità a sole tre once; ciò ne è provato da una costituzione più tarda di GIUSTINIANO, nella quale è disposto che i figli naturali non possano succedere al padre *ab intestato,* ma possano ricevere per testamento o per donazione non più tre, come per lo innanzi, ma sei once [90]). Nella Nov. 89 c. 12 [91]) l'imperatore fa cenno di alcune disposizioni precedenti su questo argomento e dispone poi che chi ha discendenti legittimi non possa lasciare ai figli naturali e alla madre loro più che un dodicesimo e se non ha figli naturali solo un ventiquattresimo alla concubina; il di più deve andare ai figli legittimi. Se poi non vi siano discendenti legittimi, ma ascendenti legittimarii, questi avranno diritto alle loro legittime e il restante patrimonio poi può lasciarsi ai figli naturali; in mancanza di discendenti e d'ascendenti legittimi infine i figli naturali possono ricevere il tutto [92]).

---

[89]) PEYRON, loc. cit., pag. 93. WENCK, L. 5, Th. Cod. *de nat. filiis*, 4, 6. Vedi lo stesso WENCK, ad L. 6 eod., nota *r*.

[90]) L. 8 Cod. *de naturalibus liberis*, 5, 27.

[91]) Su questo e sul cap. 12 di questa Novella, riguardante la successione del figlio nato *ex damnato coitu*, si è formata l'Aut. *licet patri* ad L. 8 Cod *de nat. lib.*, 5, 27.

[92]) Fino a questo punto (cap. 12, § 1-3) il contenuto della Nov. 98 si riferisce al presente argomento. Nei paragrafi seguenti si trova ordinato che i figli della concubina possono insieme colla loro madre ricevere due

La legge fa cenno del diritto alla legittima solo a proposito degli ascendenti [93]), s'intende così che non tutti gli ascendenti legittimi sono d'ostacolo alla capacità dei figli naturali, ma solo quelli che possono veramente pretendere una legittima e per ciò potrebbero impugnare il testamento per essere stati esclusi indebitamente o non nella voluta forma. Pei discendenti invece non si parla affatto di legittima. Potrebbe essere che il legislatore avesse pensato qui soltanto a discendenti, che non siano stati esclusi in modo legittimo dal padre, così che i discendenti diseredati non potrebbero essere di ostacolo ai figli naturali più dei non esistenti. Quest'opinione però è confutata dalla stessa disposizione della legge. Se si ammette che i figli naturali possano essere esclusi soltanto da discendenti legittimi, aventi in concreto un diritto alla legge, bisogna ritenere che al padre sia lecito istituire i figli naturali nella disponibile una volta istituiti quei primi nella legittima. Ma ciò sarebbe inconciliabile colla disposizione della legge, la quale fa dipendere la validità dell'istituzione dei figli naturali in modo del tutto generale dal fatto che non vi siano discendenti legittimi o una moglie legittima, mentre invece a riguardo dagli ascendenti è detto molto chiaramente che i figli naturali sono esclusi soltanto dagli ascendenti aventi diritto a legittima, e se questi siano istituiti nella legittima (3 once), il resto può esser lasciato a quelli [94]). Da ciò segue che se vi siano ascendenti legittimi non aventi in concreto diritto alla legittima i figli naturali possono essere istituiti nell'intero, basta invece la semplice esistenza di discendenti legittimi o d'una moglie legittima per limitare la capacità dei figli naturali a un solo dodicesimo.

Ma che cosa dovrà dirsi quando il testatore diseredi regolarmente i suoi legittimi discendenti e istituisca i figli naturali? Questo caso deve per buona logica essere trattato nel modo

---

dodicesimi dell'eredità intestata, quando il defunto non lasci discendenti nè moglie legittimi.

[93]) « Si — non habuerit — — quendam ascendentium, quibus necessitas est legis relinquere partem propriae substantiae competentem », come traduce esattamente la Vulgata.

[94]) Vedi DONELLO, *Comm. iuris civilis*, VI, cap. XVII, § 27.

stesso che quello di istituzione di un incapace totalmente, il testamento adunque è nullo per l'intero, e i discendenti diseredati ricevono tutto come eredi intestati. Solo se fosse stata aggiunta la clausola codicillare, avrebbe un' importanza pratica la differenza fra incapacità totale e parziale; i discendenti legittimi dovrebbero restituire come fedecommesso ai figli naturali ciò che questi possono ricevere dal testamento paterno, cioè un dodicesimo [95]).

Ma quali sono i figli designati qui come *naturales liberi?* Secondo l'opinione comune, e non contradetta, sono i figli dati dalla concubina; gli altri figli nati fuori il matrimonio, almeno quelli non nati da incesto nè da adulterio, avrebbero potuto per diritto romano essere istituiti dal padre senza alcun limite. Da ciò si argomenta l'inapplicabilità odierna di questa disposizione, perchè questo è un diritto singolare che non si applica che ai figli delle concubine e il concubinato è una istituzione sconosciuta in Germania [96]). Qui dunque importa sopra tutto di conoscere quali figli siano designati colla qualifica di *naturales liberi*. Nelle nostre fonti non si trova mai un significato preciso della qualifica di *naturales* in contrapposto ai *legitimi* [97]). Questa espressione si applica certamente: *a*) ai figli nati dallo schiavo *in contubernio* o dall'unione del padrone colla schiava [98]), *b*) ai figli nati dal consorzio non matrimoniale con una

---

[95]) Arg. L. 3 pr., L. 8 § 1 Dig. *de iure codic.* 29, 7, L. 77, § 23, Dig. *de legatis II*, 31. Io del resto non ho trovato che alcuno degli scrittori da me consultati abbia fatto menzione alcuna dei punti da me toccati nel testo. E quando i pratici pongono la questione sull'applicabilità odierna di queste disposizioni in questi termini, se il testamento possa valere anche oltre a ciò che i figli nati fuori di matrimonio ricevono in esso *ultra unciam* (Leyser, *Med. ad Pandectas*, spec. 356, n. 12), sembra che essi pensino che un tale testamento sarebbe in ogni caso valido per la parte che quei figli possono ricevere.

[96]) Vedi Brunneman, *Comm. in Cod.*, ad L. 2 Cod. *de nat. lib.* n. 9-11; S. Groenewegen, *Tractatus de legibus abrog.*, ad tit. Cod. de nat. liberis, p. 589. Hoepfner, *Commentario*, § 487 n. 3 e nota 5 ivi. Più oltre nomineremo gli scrittori che si son pronunciati per l'opinione opposta.

[97]) È noto che anche i figli legittimi sono contrapposti, come *naturales* o procurati naturalmente, ai figli adottivi. Vedi Pr. I. *de adop.* 1, 11; § 2 I. *de her. quae ab. int. def.* 3, 1.

[98]) § 5 I. *qui et quibus ex causis man. non poss.* 1, 6; L. 33 pr. Dig. *ad legem Aquiliam*, 9, 2; L. 54 pr. Dig. *mandati*, 17, 1; L. 5 pr. D.

donna libera [99]). Il figlio nato da una donna colla quale non si viveva *more uxorio* si chiamava *spurius* [100]); di tal figlio è certa soltanto la madre, non il padre [1]) e di fronte a questo per ciò il figlio non ha nè i diritti nè il nome di un figlio naturale. Nella vita comune essi si chiamavano anche *filii naturales* e anche Teofilo mischia concetti del tutto diversi quando chiama figlio naturale — φυσικὸς ὁ παῖς [2]), tanto il figlio nato dalla concubina quanto quello nato da una meretrice. Ma nelle nostre fonti vi ha netta distinzione fra gli uni e gli altri [3]). Quanto poi alla nascita da connubii illeciti e proibiti, essa non poteva aver maggior efficacia di quella da unioni puramente eventuali ed è per ciò che anche i nati *ex incestis nuptiis*

---

de praescriptis verbis 19, 5; L. 3 pr. D. *de lib. causa* 40, 12; L. 2 Cod. *si manc. ita fuerit alienatum* 4, 57; L. 4 Cod. *de int. matr.*, 5 6: Paolo, V, VI, § ult.

[99]) L. 1 (Wenck, L. 4) Th. Cod. *de nat. lib.* « si ex *consortio* cuiuslibet mulieris naturales susceperit ».

[100]) § 12 I. *de nupt.* — « vel a graeca voce, quasi σποράδην concepti, vel quasi sine patre filii ». — Confr. L. 23 D. *de statu hom.* 1, 5. L. 25 in f. D. *de capt. et postlim.* (XLIX, 15) — « quasi sine marito natus spurius habebitur ».

Vedi, sull'etimologia della parola e sulla differenza fra *naturales* (detti anche *nothi*) e *spurii*, sopra tutti Cuiacio, *Obvervationes*, V, c. 6 e anche Eineccio, *ad Legem Juliam et Papiam*, pag. 170: Stever, *An e iure Justinianaeo patri incumbat onus alendi spurios*, cap. 2, pag. 29-36, Rostock, 1826.

[1]) § 12 I. *de nupt.* — « nec patrem habere intelliguntur, cum incertus est ». § 3 (*al.* 4) *de success. cognator.* — Ulpiani, *Fragm.* Tit. IV, § 2.

[2]) Teofilo, *Paraph. ad* § 12 I. *de nuptiis.* Contro il rimprovero che il Fabroto fa qui a Teofilo ha tentato una difesa il Reitz nella sua edizione della Parafrasi ad h. l. nota *k*. Egli stesso però ammette che l'espressione *liberi naturales* nelle nostre fonti si riferisce per regola ai soli figli nati *ex consortio*, ma la L. 1 Cod. *de nat. liberis*, che egli adduce come esempio di eccezione, dice soltanto che certi figli non hanno diritto a nulla sul patrimonio del padre, ancor che questi li abbia qualificati come *legitimi* o *naturales*. Nella L. 7 Cod. eod. poi in ogni modo le parole *naturales liberi* possono intendersi nel senso di figli nati fuori del matrimonio. — Giustiniano infatti vieta in essa l'arrogazione dei *naturales*, *nati ex cuiuslibet mulieris cupidine*.

[3]) Vedi per es. L. 45 (44) Cod. *de ep. et clericis* 1, 3 (è una *lex* restituta); Nov. 74 c. 6 e altri testi che citerò in seguito.

erano chiamati *spurii* [4]). Ma non tutti i *naturales liberi* avevano diritti contro il loro padre o la capacità d'acquistare mediante la così detta legittimazione i diritti dei figli legittimi; così per esempio non avevano tali diritti i figli nati dall'unione colla schiava [5]). Così si spiega la costituzione degli imperatori TEODOSIO e VALENTINIANO, della quale ci sono conservati soltanto alcuni frammenti nel palinsesto Torinese [6]): « Naturalium nomen sancimus imponi iis, quos sine honesta celebratione matrimonii procreatos legitima coniunctione fuderit in lucem; servos autem ex ancillae utero ipso jure generatos —, quamvis per vim naturae ne illis quidem possit naturalium nomen auferri » [7]).

Così si venne a limitare il concetto giuridico di *naturales liberi* ai soli figli nati da concubinato, o matrimonio naturale. Di ciò mancano testimonianze precise nelle nostre fonti, ma il contenuto di queste è tale che ne ricevono conforto le notizie che noi troviamo negli scrittori non giuridici dell'epoca più tarda. Ora questi dichiarano che figli naturali sono soltanto i figli della concubina. Così il grammatico ISIDORO: « naturales autem dicuntur ingenuarum concubinarum filii, quas sola natura genuit, non honestas coniugii » [8]). Di alcune espressioni delle nostre fonti nelle quali ciò è riconosciuto parleremo in seguito. Per ora consideriamo un po' più da vicino le limitazioni alla capacità di ricevere per testamento di questa categoria di persone.

Non si può dubitare che nei tempi antichi i figli nati fuori di matrimonio potessero essere istituiti dal padre. I *naturales liberi*

---

[4]) L. 45 C. *de episc. et cler.* L. 6 C. *de suis et legitimis*, (VI, 55).

[5]) L. 1 Cod. *de nat. liberis*, 5, 27. Questo limite è stato abrogato da GIUSTINIANO, nella Nov. 78 c. 4.

[6]) In WENCK, come l 7 Cod. *de nat. filiis*.

[7]) Il frammento finisce colle parole *in hereditariis tamen cor* . . . . ; probabilmente seguiva la disposizione che questi figli appartenevano al patrimonio paterno come ogni altro oggetto corporale e per ciò non potevano avere essi dei diritti sull'eredità paterna. Vedi anche la *lex Romana Burgundiorum*, Lib. XXXVII, ediz. Barkow, pag. 110 e WENCK, nota a questo testo del Cod. Teodosiano.

[8]) ISIDORO, *Origines*, lib. IX. c. 5 — Confr. anche i testi addotti da BRISSONIO, *de V. S.* dagli scritti del padre della Chiesa Agostino ed altri.

sono menzionati come eredi testamentarii del padre [9]), nè vi è motivo per limitare questa testimonianza al soli figli della schiava, come fanno di solito gl'interpreti delle Pandette [10]). L' imperatore Costantino per primo ordinò che ai figli naturali non potesse essere lasciato nulla per testamento o per donazione e quando ciò avvenisse il lascito fatto loro dovesse andare ai figli legittimi, ai collaterali agnati, o al padre del testatore e in mancanza di tutti questi al fisco [11]. La costituzione non ci è pervenuta intera, manca il proemio nel quale i figli naturali erano designati con maggior precisione, ma che Costantino usasse l'espressione *naturales liberi* in senso stretto è, per lo meno, molto probabile quando si pensi quanto avverso fosse l'imperatore al concubinato, che non avrebbe neppure voluto tollerare [12]). Nello stesso anno (336) l'imperatore emanò un'altra costituzione [13]) secondo la quale i senatori e certe altre persone di alta dignità erano minacciati della pena dell' infamia se avessero lasciato qualche cosa per liberalità ai figli nati dal loro connubio con una schiava, con una liberta, con una commediante, o con una *tabernaria* o con altra donna di bassa e spregevole categoria, o con una figlia di tali donne, tanto se tali figli fossero considerati legittimi quando se naturali. Il lascito in tal caso dovea andare ai discendenti legittimi e agli altri parenti prossimi, e in caso di mancanza o rifiuto di questi, al fisco. Lo stesso vale anche per le donazioni o lasciti a favor della concubina, che qui è considerata come *uxor*, in modo che questa costituzione deve certamente riferirsi ad un connubio in forma di matrimonio, cioè al vero e proprio concubinato. A questa costituzione di Costantino se ne riannoda una più tarda

---

[9]) L. 45 pr. D. *de vulg. et pup. subst.* XXVIII, 6. L. 17 § 4 D. *ad Sct. Trebell.* (XXXVI, 1).

[10]) Cujacius, ad L. 77, § 13; in Lib. VIII. responsor. Papiniani, Tom. IV, p. 1156 ed Neapol. Vedi anche A. Schulting, notae ad Dig. L. 17 § 4 *de Scto Treb.*, Tom. V, p. 585.

[11]) In Wenck, è la L. 2 Th. Cod. *de nat. fil.*, dell'anno 336.

[12]) Confr. Eineccio, *ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam* p. 145 seg. Jordens, *Diss. I. de legitima, cap. III, § 11.*

[13]) In Wenck, L. 3 Th. Cod. *de nat. filiis*, nel Cod. Giust. § 1 Cod. *de nat. liberis.*

dell'anno 371 degli imperatori VALENTINIANO, VALENTE e GRAZIANO, secondo la quale colui che lasci discendenti o ascendenti legittimi può lasciare ai naturali, che *ex consortio cuiuslibet mulieris susceperit*, un dodicesimo dell'asse, se poi non esistano le persone sopra nominate può lasciare ai figli naturali o alla loro madre, designata anche qui come *mulier quam sibi adiunxerat*, tre dodicesimi [14]). Una costituzione degl'imperatori ARCADIO ed ONORIO richiama in vigore la legge di COSTANTINO [15]), ma seguì poi la costituzione di TEODOSIO sopra enunciata, accolta nel codice di GIUSTINIANO come l 2 *de naturalibus liberis* 5, 27, la quale richiamò in vigore la costituzione di VALENTINIANO, VALENTE e GRAZIANO [16]). Nella maggior parte di queste costituzioni il connubio dal quale derivano i figli naturali è designato come una vera società fra uomo e donna, sia questa una libera o un' ancella, di modo che non vi può esser dubbio che i figli naturali sono i figli nati da un tale consorzio in contrapposto agli spurii [17]). Ond'è che già per ciò solo non possiamo riferire la disposizione di GIUSTINIANO nella nov. 89 cap. 12 a tutti i figli nati fuori di matrimonio, ma soltanto ai *naturales* in quel senso tecnico. Non soltanto l'imperatore ripetutamente si richiama alle anteriori costituzioni sui *naturales liberi*, ma nel cap. 1 egli dà anche una specie di svolgimento filosofico del diritto di successione, e distingue il matrimonio naturale da quello giuridico, osservando che i nati dal primo avrebbero naturalmente gli stessi diritti, le differenze, come in generale il concetto di matrimonio giuridico, sono semplice creazione del diritto positivo. Si aggiunga che GIUSTINIANO, dove parla della successione intestata dei figli naturali [18]), fa espressa menzione

---

[14]) Nelle precedenti edizioni L. 1, in WENCK, L. 4 Th. Cod. *de nat. fil.* Vedi anche GOTOFREDO, specialmente al § 4, *at quomodo*.

[15]) L. 5 Th. Cod. *de nat. fil.* (WENCK).

[16]) Vedi le note 87 e seg. del precedente centinaio e il testo ivi.

[17]) Vedi GOTOFREDO, ad L. 1 Th. Cod. *de nat. fil.*, § 4 della sua edizione e le pag. 114, 115 nota 46, 48 del vol. II del libro XXVIII di questo *Commentario*.

[18]) Nov. 89 e 12. Nel pr. si trova una storia, incompleta bensì, delle costituzioni precedenti su questo argomento. — Sulle ultime parole di questo testo vedi WENCK, ad L. 5 Th. Cod. cit. nota 2.

della concubina (παλλάκη) e insieme conferma il concetto fondato su disposizioni di legge ben note che il diritto dei figli naturali non compete a quelli il cui padre abbia avuto al tempo del loro concepimento più d'una amante, perchè il concubinato non è che lo stato di fatto del matrimonio, e quindi non si può avere un' altra donna accanto alla concubina [19]). Come si potrebbe ammettere che l'imperatore nella precedente parte della legge avesse in mira altri figli extramatrimoniali? Infine non deve esser passato sotto silenzio che la *ratio legis* sulla quale riposa la parziale incapacità dei figli naturali è, secondo ogni probabilità, il timore che i figli non nati da matrimonio legittimo non possano diminuire o anche far cessare del tutto l'amore dei padri pei figli legittimi. Ora questo timore è ragionevole soltanto quando i figli fuori di matrimonio vivono nella stessa casa col padre, ciò che era la regola pei figli della concubina o della schiava, mentre era rarissimo, allora come oggi, per gli altri figli extramatrimoniali [20]).

L'opinione sopra esposta (nota 96) circa l'applicabilità odierna di questa limitazione riposa tuttavia su ottimi motivi, benchè coloro che la difendono di solito trascurino di darne una giustificazione esatta, e questa è nel concetto dei figli naturali. Si spiega benissimo così perchè alcuni tribunali e scrittori non esitano ad applicare queste disposizioni del diritto romano a tutti i figli nati fuori di matrimonio [21]). Altri invece sono d'opinione che i figli nati da una unione lecita, qual era il concubinato, non potessero essere in condizioni peggiori di quelli nati da stupro, cioè da un' unione illecita [22]). Anche Carlo Ferdinando HOMMEL si oppone a quest'argomento e anzi porta a maggior sostegno di essa la regola *quod in odium alicuius introductum est, non debet in eius favorem redundare* [23]). Evidentemente egli vuol dire che il principio di diritto in discorso

---

[19]) Nov. 89 c. 12 § 5.

[20]) HOMMEL, *Rhapsodia quaestionum*, obs. 373. HOEPFNER, *Commentario*, § 487 n. 3.

[21]) Vedi A. GAILL, *Practicae observ.*, n. 88.

[22]) Così la facoltà giuridica di Helmstadt secondo il LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, spec. 356 m. 12.

[23]) *Rhapsodia quaestionum*, obs. 373, confr. anche obs. 384.

si fonda su un odio delle unioni extramatrimoniali e per ciò non può esser interpretato nel senso che le unioni extramatrimoniali illecite appaiono più favorite di quelle lecite. È dunque questo un argomento *a ratione fortiori*, ma esso non può accogliersi per la ragione che l'applicazione analogica non è ammessa nei principii di diritto singolare. Piuttosto si potrebbe invocare il fatto che l'imperatore COSTANTINO, al quale son dovute le limitazioni della capacità dei figli naturali, dichiara unione illecita anche il concubinato [24]). Ma, pur tacendo che questo divieto non era più in vigore al tempo di GIUSTINIANO, quella limitazione di capacità non deriva tuttavia dall'illecità dell'unione colla concubina, la vera *ratio legis* è invece il pericolo che ai discendenti legittimi deriva dalla convivenza del padre coi figli naturali. Lo stesso HOMMEL, del resto, è dell'opinione che la limitazione in discorso non valga più oggi, sia perchè essa deve considerarsi come un freno indiretto al concubinato, sia perchè i figli della concubina erano presso i Romani educati nella casa paterna e per ciò facilmente potea avvenire che il padre li prediligesse di fronte agli stessi figli nati da matrimonio, mentre oggi ciò non avviene perchè a mala pena il padre conosce i propri figli naturali. Samuele STRYKIO afferma che secondo l'opinione più accolta nella pratica, l'incapacità si applica a tutti i figli nati fuori di matrimonio, benchè egli ritenga ciò ingiusto [25]); lo STRUVIO al contrario ritiene quest'opinione ben fondata perchè tutti i figli nati fuori di matrimonio sono per noi nati *ex nefariis complexibus* [26]) e lo stesso diritto romano esclude dalla successione i figli nati *ex damnato coitu* [27]), onde la Cancelleria di giustizia di Hannover ebbe a ritenere che neppur l'avo potesse validamente fare un legato ai figli naturali della propria figlia [28]). Non tutti quelli però, che rico-

---

[24]) Questo è però ancora molto problematico. Vedi gli scritti citati sopra alla nota 12.

[25]) STRYKIO, *Usus modernus Pandectarum*, tit. *de her. inst.* § 3.

[26]) *Pareri giuridici* (Rechtliche Bedenken), Vol. I, n. 48, vol. IV, n. 130.

[27]) Egli si riferisce all'autentica *licet* Cod. *de nat. lib.* tratta dalla Nov. 89 c. 12, 15, le parole della quale saranno riferite più oltre.

[28]) STRUBEN, *Rechtliche Bedenken*, (Pareri giuridici), vol. I, n. 48.

noscono l'estensione dell'incapacità a tutti i figli nati fuori di matrimonio, arrivano sino ad estenderla ai nipoti [29]).

In questa grande diversità di opinioni è da preferire ad ogni altra l'opinione più conseguente, e la più conseguente è certamente quella che si pronuncia contro l'applicazione. In primo luogo infatti non si può dimostrare che nel diritto romano sia mai esistito un principio generale secondo il quale i figli nati da un'unione vietata non potessero essere istituiti dal padre. Se nell'auth. *licet* Cod. *de naturalibus liberis* 5, 27, è detto: «sed qui ex damnato coitu sunt omni prorsus beneficio excludantur», ivi si parla soltanto dell'obbligo degli alimenti e della successione intestata e non può ammettersi che la Novella, dalla quale è presa l'autentica *licet*, nè gli autori di questa autentica abbiano voluto alludere ai figli nati da un semplice *stuprum*. Ma se la limitazione riguarda i *naturales liberi* nel senso tecnico romano, consegue, in secondo luogo, che essa non si possa riferire a tutti i figli nati fuori di matrimonio, non solo perchè le disposizioni di diritto singolare sono da interpretare restrittivamente, ma anche perchè la stessa *ratio legis* non si adatta ai nati di un semplice *stuprum*. Infine poi, quanto alla pratica contraria da taluni affermata, si possono a tali testimonianze contrapporre almeno altrettante testimonianze contrarie nel senso della inapplicabilità della limitazione [30]). Quando poi in un qualche paese si fosse stabilita una pratica costante consuetudinaria per l'applicazione, questa non potrebbe mai estendersi ai nipoti, non dovendosi favorire l'estensione di un principio per sè stesso duro e iniquo.

E duro e iniquo si può chiamare un principio che nega ai figli innocenti quei diritti che sono riconosciuti agli estranei.

3. — Certe limitazioni della capacità semplicemente relative sono una conseguenza delle unioni proibite; vale a dire che coloro che hanno vissuto in un'unione adulterina [31]), nè quelli fra i quali

---

[29]) Gaill, *Practicae observ.*, obs. 88, n. 15.

[30]) Vedi gli scritti citati nella nota 96 del centinaio precedente e nella nota 20 di questo centinaio. E potrei anche invocare un parere della facoltà giuridica di Rostock, dell'anno 1812, se non erro.

[31]) Vedi sopra pag. 498 nota 73.

fu commesso *stuprum* non possono lasciarsi nulla per testamento [32]); quanto alle unioni incestuose esse producono effetti speciali in questo riguardo. Di questo caso ancora occorre che qui trattiamo brevemente.- Con una costituzione degl'imperatori ARCADIO ed ONORIO, dell'anno 396, fu ordinato che colui che vivesse o avesse vissuto in unione incestuosa (*si quis incesti vetitique coniugii sese nuptiis funestaverit*), fosse egli uomo o donna, non potesse lasciar nulla per testamento o per donazione all'altro o ai figli nati dall'unione, anzi non potesse disporre per testamento se non a favore dei propri ascendenti o discendenti legittimi, o del proprio zio o zia paterni, purchè alcuna di queste persone non fosse stata complice dell'unione illecita, nel qual caso doveva entrare al suo posto quella successiva. Se poi non esistesse alcuna delle persone che la legge dichiarava capaci sottentrava il fisco [33]). La Nov. 12 dispone in modo un po' diverso. Le persone viventi in modo sì fattamente illecito sono punite coll'esilio e se non hanno alcun discendente legittimo il loro patrimonio deve essere confiscato anche durante la loro vita, in caso diverso andare subito ai discendenti legittimi, coll'obbligo però per questi di passare gli alimenti al padre o alla madre e di provvedere in generale ai bisogni più urgenti della loro vita (cap. 1 e 2). La legge non ha effetto però che per quelli che contrarranno una tale unione in avvenire. Le unioni già disciolte al tempo della emanazione della legge sono perciò esenti da pena. Per quelle invece che esistano ancora la quarta parte del patrimonio va al fisco, ma le unioni devono essere sciolte entro due anni. I figli nati da esse ereditano dai genitori *ab intestato*, ma possono essere esclusi per testamento quando abbiano meritato una diseredazione. Se esistano discendenti nati da matrimonio, questi han diritto alla legittima [34]), salvo che siano stati diseredati giustamente, ma ai

---

32) Vedi sopra pag. 498 seg.

33) L. 3 Th. Cod. *de inc. nuptiis*, 3, 12 accolta nel Codice di GIUSTINIANO con poche abbreviazioni come L. 6 C. *de inc. nuptiis*, 5 5.

34) La legge parla della quarta parte del patrimonio, ma evidentemente essa vuole indicare la legittima, che soltanto da una novella posteriore, la nov. 18, fu elevata ad un terzo o a una metà secondo il numero dei figli.

figli incestuosi può esser lasciata la quarta parte [35]) del patrimonio che resta dopo tolto il quarto dovuto al fisco. Se l'unione non è sciolta entro due anni si applicano le pene sopra minacciate e i figli nate da essa non hanno alcuna parte sull'eredità dei genitori (cap. 3). Le disposizioni contenute in questo capitolo naturalmente non sono più prese in considerazione poi perchè esse sono semplicemente transitorie. E nell'autentica, tratta da questa Novella, esse perciò non sono neppur ripetute; l'autentica contiene soltanto la disposizione che le persone viventi in unione incestuosa debbano essere esiliate e il loro patrimonio sia confiscato, salvo che abbiano figli legittimi, ai quali esso va in tal caso coll'obbligo però di prestar gli alimenti ai genitori [36]).

Noi vogliamo ora rannodare all'esposizione del contenuto della legge la trattazione di alcuni punti speciali.

a) Di solito nei trattati e nei manuali di diritto civile non si dà la dovuta importanza alla Novella e all'autentica tratta da essa, ma i più si contentano di dire che le persone viventi in una unione incestuosa non possono farsi liberalità testamentarie fra loro nè farne a favor dei figli nati dalla stessa unione [37]). Ma da ciò solo non si può argomentare l'inapplicabilità delle disposizioni della Novella e solo si domanda se per tal modo ai genitori incestuosi sia tolta del tutto la testamentifazione o meno [38]). La legge minaccia

---

[35]) La Glossa ritiene che anche questa disposizione sia stata riformata da una posteriore prescrizione sulla legittima. Confr. la GLOSSA di ACCURSIO, *praecipimus*, colla precedente glossa *quarta*, ad Nov. 22 c. 3. Questo concetto però è di assai dubbia accettabilità perchè i nati da unioni incestuose essendo figli illegittimi non possono pretendere alcuna legittima. Vedi § 12 I. *de nuptiis*, 1, 10.

[36]) Auth. *incestas nuptias*. Cod. *de incestis nuptiis*, 5, 5.

[37]) Taluni nominano soltanto i figli; così il THIBAUT, *Pandette*, II, § 944 n. II, 1. il HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto di successione), § 26, n. 3 e altri. Difficilmente però si capisce come si concilii con questa opinione la disposizione secondo la quale alle persone viventi in un'unione incestuosa sarebbe tolta in modo assoluto la capacità di disporre per testamento. Confr. THIBAUT, *Pandette*, II, § 948, n. 5.

[38]) Questo è affermato dal HOFACKER, *Principia iuris civilis Romani*, II, § 1255 n. d, il quale però non si fonda sulla Novella, ma solo sulla L. 6 Cod. cit.

loro l'esilio; l'espressione usata ἐξορία è tradotta nella vulgata *exsilium*, che significa propriamente la deportazione collegata con la perdita della *civitas* [39]): l'espressione dell'originale però è equivoca e può applicarsi anche alla deportazione semplice non congiunta colla perdita della cittadinanza [40]) e che appunto quest'ultima sia indicata qui appare con sufficiente chiarezza dalla disposizione del secondo capitolo, e secondo la quale i figli divengono *sui iuris* a titolo di pena pel padre, disposizione che sarebbe in caso diverso stata superflua perchè se il padre avesse perduto la *civitas* per pena ciò sarebbe stato sottinteso in modo non dubbio [41]). Secondo il diritto ora vigente del resto è del tutto indifferente il senso che si attribuisca a questa espressione, perchè il toglimento della *civitas* non toglie più la capacità di testare [42]). Per la nostra questione pertanto viene soltanto in considerazione quella parte della disposizione secondo la quale il patrimonio delle persone viventi in tale unione viene confiscato o va ai figli legittimi. Viene per ciò tolta a tali persone completamente la capacità di testare? Questo si potrebbe sostenere se la confisca fosse la conseguenza della pena della morte civile [43]): ma poichè questo non è il caso la disposizione deve riferirsi soltanto al patrimonio esistente al tempo della condanna; questo cessa di essere patrimonio del condannato e su di esso il condannato non può disporre nè per atto fra vivi nè per atto a causa di morte; il diritto di testare non gli è dunque tolto in modo assoluto e può essere esercitato validamente a riguardo degli eventuali acquisti

---

[39]) Brissonio, *de verb sign.*, v. exilium § 1.

[40]) Antonius, *de exilio*, lib. II, cap. 1, n. 4 in Meermann, *Thesaurus*, III, p. 49.

[41]) Vedi Martin, *Lehrbuch des Criminalrechts* (Trattato di diritto criminale) § 282 nota 8 pag. 734 seg. Di opinione diversa è il Waechter, *Ueber Testirungfähigkeit wegen begangener Verbrechen*. (Sull'incapacità di far testamento come pena di un delitto), nell'*Archiv für die civilistiche Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. XVII, diss. XIV, pag. 435, nota 29.

[42]) Vedi pag. 154 seg. del vol. I di questo libro XXVIII. Waechter, *Loc. cit.*, p. 437.

[43]) Vedi sopra pag. 341 seg.

futuri [44]). Ma una questione diversa è quella se la perdita del patrimonio minacciata in diritto romano come pena dell'incesto sia ancora applicabile oggi. La maggior parte degli scrittori lo nega [45]), ma se si accetta questa opinione bisogna ammettere che sia tornata in vigore la relativa limitazione della capacità di far testamento e di succedere di cui è cenno nella L. 6 Cod. *de incestis nuptiis*. Questo diritto non potea più esistere accanto alla Novella, ma un' abrogazione espressa di esso non esiste; essa è da ammettersi soltanto come una conseguenza mediante delle nuove disposizioni di legge. Onde sembrerebbe fondato l'insegnamento dei nostri trattati che le persone viventi in una unione incestuosa non possano nè istituirsi fra loro nè istituire eredi i figli nati dalla loro unione.

b) Non è neppur da dubitare che le disposizioni di legge non si applicano all'incesto non matrimoniale, ma solo a quello avente la forma di una unione matrimoniale. Il contenuto e le espressioni della legge provano ciò in modo evidente. Ivi si parla di un *vetitum coniugium*, di *incestae nuptiae*, di dote promessa o data e in fine ai figli è negata la successione legittima, ciò che non sarebbe stato necessario se si fosse alluso ad un semplice *stuprum* incestuoso, perchè gli spurii non hanno alcun diritto sulla eredità paterna [46]). Non vi è dunque alcun dubbio che i figli nati da uno stupro incestuoso avrebbero potuto essere istituiti, in quanto la qualità delle pene minacciate per un simile incesto fosse compatibile col diritto della testamentifazione attiva [47]). Questo però non era il caso perchè

---

[44] Waecther, *Loc. cit.* p. 436. Confronta Buchholtz, *Iuristiche Abhandlungen*, (Dissertazioni giuridiche), n. V, p. 116.

[45]) Confr. Quistorp, *Grundsätze des deutschen peinlichen Rechts* (Principii di diritto penale tedesco), vol. I, § 506, e gli scritti citati ivi alla nota I. Heffter, *Lehrbuch des gem. deutschen Criminalrechts* (Trattato di diritto criminale comune tedesco), § 487, nota 5; Waechter, *Loc. cit.*, pag. 437.

[46]) Vedi Buelow, *Var der Erbfähigkeit der aus Incest, Ehebruch und verbotenen Ehen entsprossenen Kindern* (Dalla capacità di succedere dei figli nati da incesto, adulterio o matrimonio proibito) nelle sue *Abhandlungen*, ecc. (Dissertazioni su alcuni punti del diritto civile romano), n. VIII, pag. 232-36, 237 seg. Spangerberg, nell'*Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), Vol. XII, pag. 452; Waechter, *Loc. cit.* pag. 435.

[47]) L. 5 D. *de quaestionibus*, 48, 18.

l'incesto extra matrimoniale era punito colla deportazione e quindi colla perdita della *civitas* [48]). Oggi però non si perde più per ciò la capacità di testare, onde si domanda se ai figli nati da stupro incestuoso possa oggi lasciarsi qualche cosa per testamento dai loro genitori. Il fatto che i figli nati da unione incestuosa siano chiamati *spurii* [48]) non è un argomento per risolvere la questione in senso negativo perchè ciò significa soltanto che essi non hanno i diritti di figli legittimi nè quelli dei figli naturali, non ostante che l'unione dei loro genitori sia stata contratta in modo duraturo e colle forme del matrimonio. Se da ciò potesse seguire che questi non potessero essere istituiti eredi, l'argomentazione dovrebbe fondarsi sul concetto che il padre non possa istituire i suoi figli spurii. Ma poichè secondo quanto abbiamo detto sopra, ciò sarebbe falso, ne consegue che a quei figli competono tutti i diritti degli spurii in quanto non siano a loro tolti espressamente. Ora noi troviamo espressamente limitata l'incapacità dei figli nati da un incesto al solo caso che l'unione fosse contratta nella forma d'un matrimonio; i nati da uno stupro incestuoso sono dunque considerati alla pari degli spurii ordinari, nè ha alcun significato il fatto che secondo i principii comuni l'unione incestuosa senza la forma del matrimonio sia punibile alla pari di quella contratta sotto tale forma, perchè, essendo i figli estranei ai delitti dei padri, il danno che la legge minaccia loro deve essere interpretato alla lettera come un diritto del tutto singolare e contrario all'equità [49]).

c) Alcuni vogliono applicare l'incapacità anche agli adulterini, perchè la Novella 12 c. 1 parla di quelle *quas lex incestas nefarias et damnatas vocat;* ma il complesso del discorso prova che con esse si voleva indicare un medesimo ed unico concetto [50]); nè gli

---

[48]) § 12 I. *de nuptiis*, 1, 10.

[49]) HOEPFNER, *Commentario alle Istituzioni*, § 487 n. 2 *b*, BUELOW *Loc. cit.*, pag. 237-39. Confr. il Vol. precedente pag. 115 nota 48.

[50]) La legge dice: » si quis *illicitas et contrarias naturae* (quas lex incestas, nefarias et damnatas vocat) contraxerit *nuptias*. » — È dunque quasi impossibile pensare qui a specie diverse di unioni vietate, come nel caso, dell' *incestum vetitumque coniugium*, della 6 L. Cod *de incestis nuptiis*. Meno che a qualunque altro poi potrebbe pensarsi qui al caso dei figli adulterini. — Vedi quanto segue nel testo.

adulterini possono essere qui designati perchè essi non sono nati affatto da *nuptiae*, bensì da una unione che non ha neppure la forma del matrimonio. Quelle espressioni sono dunque puramente pleonastiche, come ne appaiono molto nelle leggi ultime [51]); perciò molti scrittori di fama seguono giustamente l'opinione che la disposizione di legge non valga nè per gli adulterini, nè per i figli nati da matrimoni proibiti ai quali però non si adatti il concetto di nozze incestuose [52]).

4. — Chi passa a seconde, terze o ulteriori nozze, sia uomo o donna, non può lasciare per testamento o per donazione al suo nuovo coniuge più che a ciascuno dei figli del primo matrimonio e se i figli abbiano parti ineguali, non più che al figlio meno favorito; il di più lasciato al coniuge è nullo e si divide tra i figli di primo letto in parti eguali [53]). Le leggi nelle quali ciò è ordinato sono state già diffusamente spiegate in altro luogo di questo *Commentario* [54]). Qui deve solo prendersi in più particolare considerazione un punto connesso a quelle leggi ivi passato sotto silenzio, benchè appartenga alla dottrina del diritto patrimoniale del matrimonio. L'imperatore Giustino [55]) dispone che anche durante le nozze possa essere costituita una dote o una donazione *propter nuptias*, o essere aumentata o diminuita quella già costituita [56]): segue però a riguardo del

---

[51]) Così nella Nov. 89 c. 15, dove ai figli nati *ex nefariis, vel incestis, vel damnatis complexibus*, è negato il diritto di succedere *ab intestato*, e di pretendere gli alimenti. Vedi Heise, *Dissertatio de successoribus necessariis*, Goettingae 1802, § 31, 32; Spangenberg, nell'*Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), Vol. XII, pag. 450 seg. Rosshirt, *Einleitung in das Erbrecht* (Introduzione al diritto ereditario), pag. 215.

[52]) Confr. Hoepfner, *Commentario*, § 487 n. 3 *b*, e la nota 3 ivi; Buelow, *loc. cit.* pag. 239 seg. n. 8.

[53]) L. 6 pr. Cod. *de sec. nuptiis*, 5, 9. Nov. 22 e 27. Con quest' ultima legge Giustiniano abrogò la disposizione da lui data prima in un'altra costituzione (la L. 9 pr. Cod. *de sec. nuptiis*, 5, 9), secondo la quale anche i figli del precedente matrimonio doveano partecipare alla parte caducata.

[54]) Vedi il § 1217 del *Commentario*, pag. 140-158 del Vol. XXIV dell'ed. tedesca.

[55]) L. 19 Cod. *de don. ante nuptias*, 5, 3.

[56]) Come si possa conciliare questa ammissibilità della diminuzione col divieto normale di restituzione della dote durante il matrimonio, è cosa molto discussa da gran tempo, ma che non riguarda il nostro argomento,

caso di diminuzione: « Exceptis videlicet his casibus, in quibus aut maritus, ex priore matrimonio liberos habens, ad secundas migraverit nuptias, aut uxor, similiter ex anteriore matrimonio liberis extantibus, secundo marito se junxerit. In hoc enim secundo matrimonio vel a parte mariti, vel a parte mulieris, vel ab utraque, si hoc etiam acciderit, interdictam esse deminutionem dotis vel ante nuptias donationis, *ne aliquid adversus filios prioris matrimonii machinari videatur*, censemus ».

GIUSTINIANO, riproducendo nella Nov. 22 c. 31 questa disposizione, la collega nel seguente modo colla costituzione di LEONE sulla limitazione della capacità di acquistare al secondo coniuge (L. 6 Cod. *de sec. nuptiis* 5, 9): « Sed hoc, quod de deminutione dictum est [57]), si secundae nuptiae fiant, non permittemus, ut non aliquo modo Leonis piae memoriae offendamus constitutionem, cum filii ex prioribus fuerint nuptiis. Si enim immensam obtulerit dotem, aut antenuptialem donationem parens, aut aliquid largiatur aliud, deinde sentiens quo ferat lex, abbreviet quod factum est, et deminuat, dotem an, antenuptialem donationem, nequaquam lucrum erit filiis, quod datum est, sed licebit lucrari aut vitricum, aut novercam, filiis secundum hoc laesis ».

Il significato di queste parole è che se fosse permessa in simili casi una diminuzione si verrebbe a poter togliere ai figli ciò che già è stato loro acquistato. Quando al secondo coniuge sia data una dote o una donazione *propter nuptias* immodica, superiore cioè alla quota dei singoli figli del primo matrimonio, i figli lucrano *ipso iure* il di più; se fosse lecito poi il diminuire nuovamente la dote o la donazione i figli verrebbero a perdere ciò che era già divenuto loro proprietà. Per tal modo il divieto di diminuire la dote in danno dei figli del precedente matrimonio acquista un significato possibile e

---

onde basterà un rinvio allo scrittore più recente. Vedi FRANCKE, *Ueber Rückzahlnug der Dos während der Ehe*, ecc. (Sulla restituzione della dote durante il matrimonio con osservazioni sulle donazioni fra coniugi), § 6 nell'*Archiv für die civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), Vol. XVIII, n. 1 pag. 29 seg.

[57]) Così traduce la Vulgata, meno letteralmente del HOMBERGK, ad BACH, ma in sostanza più d'accordo col testo originale.

viene ad avere un senso che già gli antichi interpreti aveano considerato [58]). Soltanto le parole finali della Novella offrono qualche difficoltà, quando a loro si voglia attribuire un significato diretto anzi che intenderle semplicemente nel senso che ciò possa facilmente esser di danno ai figli del precedente matrimonio, qualora cioè quello che loro vien tolto in tal modo venga restituito di nascosto al coniuge [59]). Questa spiegazione però non è fondata e neppure necessaria. Piuttosto si potrebbe dare quest'altra: Da quando la dote non resta più per regola al marito dopo lo scioglimento del matrimonio la costituzione di essa non si può più considerare come un acquisto lucrativo per lui [60]), essa divien tale soltanto per la stipulazione di un *pactum de lucranda* o *retinenda dote*, patto assai frequente del resto [61]); in tal caso però la natura di acquisto lucrativo si manifesta soltanto nel momento in cui il patto produce effetti. Se per es. una donna con due figli e 12 mila lire di patrimonio costituisca al suo secondo marito una dote di 8 mila lire col patto *de lucranda dote*, secondo la costituzione di Leone, 6 di queste 8 mila andranno ai figli di primo letto solo nel caso che il patto si realizzi. Infatti a ciascun figlio non rimangano dopo detratte le 8 mila lire, che 2 mila, e il secondo marito non può secondo quella costituzione ricevere più di quella somma. Ma la donna potrebbe sottrarsi a quella disposizione di legge col diminuire la dote; se nel caso presente essa la riducesse a sole 4 mila, il marito potrebbe trattenere tutta quella somma perchè non riceverebbe più di ciascuno dei due figli. Questo si è voluto probabilmente evitare colla costituzione di Giustino e colla Nov. 22 cap. 31; esse attribuiscono al patto *de lucranda dote*, in favore dei figli, la qualità di un acquisto lucrativo già realizzato pel marito, vietando

---

[58]) Così dalla Glossa di Accursio; vedi la Glossa, *machinari*, ad L. 19 Cod. *de don. ante nuptias*.

[59]) Così sono intese queste parole dalla Glossa di Accursio, ad h. l. v. *vitricum*.

[60]) Vedi Loehr, *Von der propter nuptias donatio* (Della « donatio propter nuptias »), nell'*Archiv* ecc. (Archivio della pratica civ.), Vol. XVI, pag. 9 seg.

[61]) Confr. L. 20 Cod. *de pactis conventis tam super dote*, ecc. 5, 14; Nov. 97 c. 1, 2.

alla donna di diminuire la dote, di maniera che nel caso da noi configurato il marito non potrà mai ritenere più di 2 mila lire e il di più andrà ai figli del precedente matrimonio [62]). Lo stesso vale per la *donatio propter nuptias* costituita dal marito col patto *de lucrando*.

5. — Solo per amore di completezza deve esser ricordato qui che i testimoni testamentarii non possono essere istituiti eredi [63]): ma più propriamente si parla di ciò a proposito del limiti alla capacità di fare da testimoni nei testamenti [64]), ciò che è già stato fatto, del resto, in altro luogo del *Commentario* [65]).

§ 1438 *b*.

Limiti alla capacità di succedere in conseguenza della regola « incerta persona heres institui nequit » [66]).

La regola *incerta persona heres institui non potest* [67]) ha nelle nostri fonti un duplice significato [68]). Vi si trova nel senso che una

---

[62]) FRANCKE, *loc. cit.* § 6 pag. 27 seg.

[63]) HARTITZSCH, *Erbrecht* (Diritto di successione), § 26, n. 7.

[64]) Questo avviene anche nelle nostre fonti. Così la L. 20 pr. D. *qui test. fac. poss.* 28, 1 dice: « Qui testamento heres instituitur in eodem testamento testis esse non potest. » — Confr. GAIO, II, 108, § 10 I. *de test. ord.* 2,10.

[65]) Vedi § 1413 del Commentario, nel Vol. I di questo libro XXVIII.

[66]) STRAUCH, *Disputatio ad constitutionem deperditam de personis incertis*, Jena 1671, *cura* L. A. HAMBERGERI, Jena 1714; RAU resp. DATHE, *Historia iuris civilis Romani de personis incertis ex testamento heredibus*, Lipsiae 1784; HUEBNER, *ad tit. de rebus dubiis Commentatio*, Lipsiae 1802, pag. 42-121.

[67]) La regola si trova espressa alla lettera da ULPIANO, XXII, 4. In GAIO, II, 238 e in GIUSTINIANO, § 25 I. *de legatis*, 2, 20 è espressa solo riguardo ai legati.

[68]) RAU, *Diss. cit.* § 1-4; HUEBNER, *loc. cit.* pag. 45 seg. Nel mio parere sul caso dell'eredità Staedel a pag. 180 tutte le applicazioni della regola sono ricondotte al principio che per *incerta persona*, debba intendersi ogni caso di indeterminazione individuale, sia questa esistente di per sè, o consista piuttosto nella mancanza di un rapporto personale determinato, o quanto meno riconoscibile con determinazione per parte del testatore. Anche questo principio tuttavia deve, per essere inteso propriamente, risolversi nel significato sopra esposto.

indeterminatezza nella designazione del subietto che si vuol favorire produca invalidità della disposizione [69]). Di questo significato non ci occupiamo qui perchè questo non può considerarsi un caso di limitazione delle capacità di succedere [70]). In secondo luogo l'espressione *incerta persona* si riferisce al subietto stesso al quale si lascia qualche cosa per testamento. In questo riguardo si può, almeno per l'antico diritto romano, stabilire il seguente principio: è capace di succedere soltanto un subietto esistente veramente e individualmente. Su ciò riposava l'incapacità esistente nell'antico diritto dei postumi e delle persone giuridiche.

Personae incertae sogliono dirsi anche gli eredi degli eredi e i cognati futuri del testatore [71]). È necessario però vedere se e fino a qual punto ad essi si applichi tale denominazione. Poichè noi partiamo in questa difficile e disputata materia dal concetto che l'incapacità della *incerta persona* fosse da prima riconosciuta in modo generale, poi modificata o, come più comunemente si afferma, abolita del tutto, è d'interesse fondamentale il conoscere a quale concetto si riferisca la espressione nelle nostre fonti. L'affermazione che anche gli eredi degli eredi siano *personae incertae* sarebbe contenuta nel seguente testo di PAOLO tratto dal libro XXXIII del suo Commentario all'editto:

« Sciendum est, heredem etiam per multas successiones accipi; nam paucis speciebus heredis appellatio proximum continet, veluti in substitutione impuberis: quisquis mihi heres erit, idem filio heres esto; *ubi heredis heres non continetur, quia incertus est.* (Item in lege Aelia Sentia filius heres proximus potest libertum paternum ut ingratum accusare, non etiam, si heredi heres exti-

---

[69]) Così ULPIANO, XXII, 4 spiega la regola col seguente esempio: « quisquis primum ad funus meum venerit heres esto ». In simil modo si esprimono GAIO e GIUSTINIANO, nei testi citati alla nota 69.

[70]) Le applicazioni più vicine di questo primo significato saranno esposte più oltre al § 1442. Il HELLFELD parla qui anche delle applicazioni del secondo concetto fondamentale, ma così sparisce ogni connessione sistematica.

[71]) Così il MAIANSIO, *Disputatio de incertis legatis*, nelle *Disputationes iurid.* II, n. LXIX, § 42, 44.

terit, idem dicitur in operarum exactione, ut filius heres exigere possit, non ex successione effectus » [72]).

Il giureconsulto parla qui delle cauzioni processuali (*praetoriae stipulationes*), l'effetto delle quali passava agli eredi, in generale dunque può dirsi delle promesse che sono attivamente o passivamente dirette agli eredi, e per eredi, egli dice, s' intendono non soltanto i prossimi, ma anche le generazioni future e gli eredi degli eredi [73]). Vi sono però alcune eccezioni, cioè alcuni casi nei quali il diritto o l'obbligazione passano solo all'erede prossimo, non anche all'erede dell'erede [74]); e di queste eccezioni PAOLO adduce due esempi [75]). Solo il primo interessa il nostro argomento. PAOLO dice che se alcuno abbia fatto una sostituzione pupillare in questi termini: « chi sarà il mio erede sia anche l'erede di mio figlio », questa sostituzione non si estende all'erede dell'erede *quia incertus est*. Similmente ULPIANO decide

---

[72]) L. 70 pr. D. *de verb. sign.*, 50, 16.

[73]) Qui s'invoca il motivo che MODESTINO, nella L. 194 D. *de reg. iuris*, 50, 17 così esprime: « qui per successionem, quamvis longissimam, defuncto heredes exstiterunt, non minus heredes intelliguntur, quam qui principaliter heredes existunt », cioè gli eredi prossimi. L'erede dell' erede viene così considerato anche egli come erede del primo testatore, in quanto può far valere i diritti e deve adempiere gli obblighi trasmessi per eredità al suo autore, nel qual riguardo nacque anche l'antica regola di diritto: « heredem heredis testatoris esse heredem » (L. ult. Cod. h. t. 6, 24). Vedi sopra tutti GOTOFREDO, *Comm. ad L. 194 Dig. de reg. iuris*. Opera minora edita a TROTZ, p. 1205 seg.

Il contenuto del testo di PAOLO (L. 70 D. *de reg. iuris* 50, 17) si trova del resto anche nella L. 65 D. *de V. S.* (Ulpiano): « Heredis appellatio non solum ad proximum heredem, set et ad ulteriores refertur, nam et heredis heres, et deinceps, heredis appellatione continetur »; e L. 170 eod. (Ulpiano) « Heredis appellatione omnes significari successores credendum est, etsi verbis non sint expressi ». — L. 7 § 2 D. *de acq. v. om. her.* (XXIX, 2).

[74]) Questo è il contenuto essenziale del nostro testo e a ciò si limita l'interpretazione del CUIACIO *ad* L. 70 pr. Dig. *De reg. iuris* 50, 17 (Opera, ediz. di Napoli, V, p. 845 seg.).

[75]) Altre eccezioni si trovano in L. 7 D. *de his, quae ut indign.* (XXXIV, 9). L. 5, D. *de conj. cum emancipato lib.* (XXXVII, 8). — Vedi GOTHOFREDUS, L. 1 p. 1206. *Edm.* MERILLIUS, *Differ. jur. Lib. singular.* Cap. 24.

che colle parole *quisquis mihi heres erit idem impuberi filio heres esto*, s'intenda sostituito soltanto l'erede immediato testamentario del padre, da che segue che nè il padre nè il padrone dell'erede, non ostante che quest'ultimo acquisti l'eredità pel proprio *paterfamilias*, nè l'erede dell'erede vengono mai alla sostituzione, *quia non ex iudicio veniunt* [76]). *Iudicium* significa qui null'altro che dichiarazione di volontà [77]). Il testatore dunque deve determinare chi sia l'erede; e la sua dichiarazione dev'essere di natura tale che si possa riconoscere la sua volontà con piena sicurezza. Lo stesso nel caso della sostituzione. Se dunque l'erede nominato sia anche sostituito pupillarmente si deve ammettere però che il testatore abbia avuto di mira questo solo e non anche quelli che acquistano per mezzo suo o ereditano da lui, anzi è da ritenere per certo che se avesse avuto di mira anche quelli li avrebbe sostituiti espressamente. L'erede dell'erede o colui che acquista per mezzo di questo possono essere considerati come eredi del testatore solo in quanto il primo nominato lo divenga effettivamente lui; se ciò non avvenga essi possono ereditare soltanto per effetto di una dichiarazione di volontà diretta proprio a loro, pel *iudicium testatoris*, e questo invece non sta per loro [78]). Secondo il diritto delle Pandette, per un altro motivo ancora la sostituzione non avrebbe potuto essere efficace per gli eredi dell'erede, neppure se il testatore l'avesse voluto, e cioè perchè mancava la determinazione individuale della persona dell'erede. Quando il testatore faccia dipendere da un semplice caso chi sia il suo erede la disposizione manca della sicura e precisa determinazione di volontà, che è la condizione fondamentale di validità di ogni disposizione di ultima volontà. Dice infatti ULPIANO che *certum consilium debet esse testatoris* e per ciò dichiara nulla l'istituzione di erede *quisquis primus*

---

[76]) L. 8 § 1 D. *de vulg. et pup. substit.* [XXVIII, 6].

[77]) BRISSONIO, *de verb. significatione*, v. iudicium § 4. Con ragione perciò il HUNGER nella traduzione tedesca del *Corpus iuris*, vol. III, pag. 87, così traduce queste parole: « perchè questi (gli eredi dell'erede, ecc.) non vengono all'eredità per volere espresso del testatore ».

[78]) Conf. MERENDA, *Controversiae iuris*, l. VIII, cap. 3, n. 7.

ad fumus meum venerit, heres esto [79]). Da questo punto di vista Paolo nella L. 70 pr. Dig. *de verb. sign.* 50, 16 conclude per l'inapplicabilità della sostituzione all'erede dell'erede, *quia incertus est*, cioè perchè il testatore non sa e non può sapere chi sarà questi [80]). Ora, se anche noi ammettessimo che nel diritto nuovo la regola *incerta persona heres institui nequit* fosse del tutto sparita, da questo seguirebbe che la limitazione della sostituzione all'erede immediato non si potesse più fondare sul motivo addotto da Paolo, non già che essa sia stata abolita, perchè resta sempre in vigore la ragione addotta da Ulpiano, *quia non ex iudicio venerit* [81]).

---

[79]) Ulpiano, XXII, 4.

[80]) Schulting, *ad Ulp.* loc. cit. nota 7. C. Costa, *Variae ambiguitates iuris* Lib. III, cap. 18 in Ottone, *Thes.* IV, p. 1257 seg. ritiene che Paolo respinga l'idea del riferimento della sostituzione all'erede dell'erede perchè ciò potrebbe esser facilmente di danno al pupillo, qualora fosse nominato erede di questo un uomo sconosciuto al padre. Se questo concetto fosse esatto bisognerebbe dire senz' altro che la regola *persona incerta heres institui nequit* non ha nulla a che fare colla decisione di Paolo. Ma egli è ben difficile provare che una sostituzione pupillare non possa valere perchè al padre è sconosciuto personalmente il sostituto del figlio.

[81]) Così è concepita la cosa anche dallo Schulting, loc. cit., il quale dice: « olet *jus antiquatum* quod dicitur, cum testator substituit impuberi filio eum, qui sibi heres fuerit, admitti solum heredem primum, non heredis heredem, ideo *quia incertus est*, L. 70 D. *de verb. sign.* Novo jure convenientior foret ratio, quod testator voce heredis hic tantum intellexerit illum, qui ex ipsius institutione et judicio venit, L. 8 § 1 D. *de vulg. et pup. subst.* » — Anche il Hübner, *Diss.* cit. p. 48-52, concorda nella sostanza, nel concetto cioè che questo caso d'incapacità esista ancora oggi, ma egli crede che il motivo addotto da Paolo non sia affatto diverso da quello di Ulpiano: secondo lui il primo vorrebbe dire soltanto: « *incertum est an ex iudicio testatoris, cuius oratio fiat vitiosa, veniat* ». Al contrario egli crede che naturalmente il predicato *incerta persona* si debba riferire all'erede dell'erede, perchè un uomo, del quale non si sa se avrà nè quando avrà una data qualità, non si può chiamare una *individua* e *singularis persona* (loc. cit. pag. 70 seg. n. 3). Tutto però infine si riduce ad essere difetto di indicazione e ignoranza del soggetto per parte del testatore, e questo non è adunque che un altro modo di esprimere la spiegazione, sopra data: l'incertezza non può dunque neppur in questo aspetto avere referimento ad una incerta persona nel secondo senso (vedi il principio di questo paragrafo), cioè di mancanza di personalità vera e propria.

Ma, per tornare alla nostra prima questione, l'istituzione dell'erede dell'erede era in generale valida, o si opponeva a ciò la regola *incerta persona heres institui nequit?* Simile istituzione può considerarsi soltanto come sostituzione o, con altre parole, il suo significato giuridico non può essere che questo: se il mio erede non potrà o vorrà acquistare l'eredità gli sia sostituito l'erede di lui. Ora, che la sostituzione espressa di una determinata persona designata come erede dell'erede sia valida è cosa che non si è mai potuta dubitare e solo può essersi fatta questione, se questa fosse una sostituzione incondizionata oppure una sostituzione fatta sotto la condizione che il sostituito divenisse erede dell'erede primo nominato, questione questa che non si può decidere se non secondo la formula della sostituzione e l'intenzione del testatore, e deve per ciò restare estranea alla presente ricerca. Tutto dunque si riduce a vedere quale effetto abbia il silenzio del testatore circa la sostituzione o il non aver egli indicato preventivamente l'erede dell'erede.

Alla prima ipotesi si riferisce una decisione di GIUSTINIANO [82]) del contenuto seguente:

Un tale avea detto nel suo testamento « Sempronius Plotii heres esto »: sebbene il testatore non si chiamasse Plozio i giureconsulti tuttavia interpretavano quella parola come se egli avesse

[82]) L. ult. Cod. *de hered. instit.* 6, 24. La costituzione ha l'iscrizione *Joanni praef. praet.* e la sottoscrizione *Kal. Aug. post consulatum Lampadii et Orestis* (531). Non sembra però che essa contenga la decisione di una questione già dibattuta fra gli antichi, almeno secondo la relazione di GIUSTINIANO, il quale si limita a notare nel proemio che nel Commentario di ULPIANO a Massurio Sabino è trattato il caso, che egli ora vuol decidere in modo più preciso che per lo passato. Nè si trova infatti cenno alcuno di una anteriore diversità di opinioni, anzi si parla di un'opinione sola degli antichi giureconsulti e la si rigetta con espressioni dure. Vedi la nota 84. Non è però credibile che tutti i giureconsulti abbiano accolto unanimi un'interpretazione così strana, e se si fa poi attenzione alla iscrizione e alla sottoscrizione si potrà facilmente essere indotti ad annoverare la costituzione fra le *quinquaginta decisiones*, benchè il MERILLIO non ve l'annoveri.

voluto indicar sè stesso [83]) e avesse detto quindi: Sempronio sia mio erede. L'imperatore respinge con ragione questa opinione [84]) e decide che la disposizione possa valere soltanto in due casi, quando il testatore sia stato egli stesso l'erede di un Plozio o quando egli abbia istituito erede un Plozio: nel primo caso la formula dell' istituzione indica che egli intendeva di trasmettere al proprio erede anche i diritti e gli obblighi dell'eredità di Plozio, ciò che del resto s'intendeva da sè [85]), nel secondo quella formula contiene una sostituzione di Sempronio e deve considerarsi come se il testatore avesse detto: se Plozio non diverrà mio erede gli sia sostituito Sempronio [86]). Nessuna decisione esplicita si ha invece pel caso che l'erede dell'erede non sia designato per nome, ma il testatore abbia detto semplicemente: istituisco l'erede del mio erede. Non v'ha dubbio che i giureconsulti romani avrebbero applicato a tale istituzione la regola *incerta persona heres institui nequit* [87]), ma non è neppure dubbio che secondo i principii riconosciuti nel diritto Giustinianeo questa istituzione debba considerarsi efficace col valore di una sostituzione [88]). Si può dunque

---

[83]) Giustiniano dice in modo generalissimo: « *Veteres* quidem existimabant, errorem nominis esse, et sic institutionem valere, quasi testator Plotius nominaretur, et Sempronium sibi scripsisset heredem ». Gli imperatori dell'epoca più tarda intendono per *veteres* soltanto i giureconsulti dei tempi antichi. Vedi Dirksen, *Ueber die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks* " *veteres* ,, (Sul significato giuridico dell' espressione *veteres*) nei *Beitraege*, ecc. (Contributi alla conoscenza del diritto romano), Diss. II, § 3, pag. 183 seg.

[84]) « Sed huiusmodi sententiam (egli dice) crassiorem esse existimamus. Neque enim sic homo supinus, immo magis stultus invenitur, ut suum nomen ignoret ».

[85]) In quest'occasione l' imperatore si richiama all'*antiqua regula*, *quæ voluit heredem heredis testatoris esse heredem*.

[86]) In fine è aggiunto: « Sin autem neque ipse testator Plotio heres exstitit, neque Plotium heredem antea scripsit et sic Sempronium Plotio heredem esse voluit, nullius esse momenti talem institutionem ».

[87]) Arg. Gajo II, § 238 (« incerta autem videtur persona, quam per incertam opinionem animo suo testator subjicit, velut — *qui primus ad funus meum venerit* »); Ulpiano, *Fragm.* Tit. XXII, § 4. — Ulpiano, *Fragm.* Tit. XXIV, § 18 (Not. 89).

[88]) Arg. § 25, 27 I. *de legat.* 2, 20.

dire che l'erede dell'erede non designato per nome non poteva per l'antico diritto essere istituito, perchè *incerta persona*, solo pel motivo però che secondo il diritto delle Pandette occorreva una designazione precisa della persona dell'erede (vedi nota 81): poi sono da considerare persone incerte, alla pari degli eredi dell'erede e delle altre persone che possono determinarsi individualmente soltanto per un avvenimento futuro e incerto, anche i futuri parenti del testatore, sebbene questi potessero già pel diritto delle Pandette esser validamente istituiti [89]) pel favore che in genere si accordava alle disposizioni a favore dei parenti. Ma qui non si tratta propriamente di limitazioni che avessero il loro fondamento nella qualità dei subietti onerati e ora invece noi non ci occupiamo che di tali limitazioni. Per questo motivo sono invece incapaci i postumi e le persone giuridiche.

1. L'incapacità dei postumi riposava in origine su una ragione molto più generale, quella che un non ente non può neppure avere capacità giuridica. E gli stoici ritenevano inesistente anche il fanciullo nel ventre della madre, perchè pensavano che solo colla nascita il bambino acquistasse una parte dell'anima del mondo e dello spirito vitale [90]). Alcuni erano a dir vero, d'opinione diversa [91]), ma il principio stoico era riconosciuto come fondamentale nella pratica, almeno secondo l'antico diritto, e per esso si spiegano varii principii giuridici accolti come diritto vi-

---

[89]) L. 19 in. f. D. *de rebus dubiis*, 34, 5. Non si deve dimenticare che questo testo parla soltanto dei legati e riguardo ai legati vale la modificazione non limitata ai soli parenti « sub certa demonstratione incertæ personæ legari potest » (ULPIANO, XXIV, § 18); quando pertanto è aggiunto come esempio *veluti ex cognatis meis, qui nunc sunt*, il giurista non fa che addurre un esempio adatto al caso; perchè il testo sopra citato (L. 19 D. *de rebus dubiis* 34, 5) secondo il quale un legato fatto genericamente in favore dei cognati si deve riferire anche al *cognatus qui mortis tempore fœtus est* è di ULPIANO. Confr. su ciò anche HUEBNER, *Disp.* cit. p. 72-77, n. *b*.

[90]) C. H. ECKARD, *Hermeneutica iuris cum notis*, C. J. WALCH § 137e le numerose citazioni, che ivi si trovano, di classici e di scrittori moderni.

[91]) *Em.* MERILLIUS, *Exposit. in quinquaginta decis. Justiniani*, ad L. penult. C. de postum. heredib. inst. p. m. 367.

gente anche nella compilazione, come per esempio la pena assai mite dell'aborto procurato quando ad esso non fosse congiunto altro reato [92]). Però nell'applicazione pratica questo principio fu a poco a poco mitigato e si potrebbe dire anzi sostanzialmente abrogato. Così si prese cura del mantenimento del figlio nel ventre materno [93]) e della conservazione dei suoi diritti patrimoniali [94]), si stabilì la *cura ventris* [95]), si riservarono al postumo venturo certe quote ereditarie [96]) e si giunse presto a stabilire che la capacità giuridica civile cominciasse dal tempo della concezione [97]). Ond'è che già i giureconsulti classici pongono il principio che il figlio nel ventre materno sia da annoverare fra gli esseri esistenti [98]).

Secondo una espressione di ULPIANO si potrebbe credere che ciò fosse stato già stabilito dalle dodici tavole per il diritto di successione intestata dai discendenti.

---

[92]) L. 4 D. *de extraord. criminib.*; L. 39 D. *De poenis* (XLVIII, 19); L. 8 D. *Ad Leg. Cornel. de sicariis* (XLVIII, 8). Vedi SPANGENBERG, *Ueber das Verbrechen der Abtreibung des Leibesfrucht* (Sul delitto di aborto procurato) nel *Neues Archiv des Criminalrechts* (Nuovo Archivio di diritto criminale) di KLEINSCHROD, KONOPACK e MITTERMAIER, II vol. fasc. 1, n. *f*. Così si spiegano poi anche espressioni come le seguenti: « partus antequam edatur, mulieris portio est, vel viscerum » L. 101 D. *de insp. ventre* 25, 4, oppure « partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur » L. 9 § 1 D. *ad legem Falcidiam*, 35, 2, sebbene da ciò nulla consegua, che non si possa giustificare anche per altre vie.

[93]) Vedi per es. L. 2 D. *de mort. inf.* (XI, 8). L. 3 D. *de poenis* (XLVIII, 19).

[94]) L. 7 D. *de statu homin.* 1, 5. « Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset custoditur ».

[95]) L. 8 D. *de curatorib. fur. et aliis extra minores dandis* (XXVII, 10). — Tit. Dig. *de ventre in poss. mitt. et cur. ejus* (XXXVII, 9).

[96]) L. 3 D. *si pars heredit. pet.* (V, 4). L. 7 pr. D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5).

[97]) L. 18, L. 26 D. *de statu homin.* 1, 5. L. 7 § 1 D. *de senatorib.* 1, 9.

[98]) L. 26 D. *de st. homin.* (*Julianus* Lib. LXIX Digestorum). « Qui in utero sunt, *in toto pene jure civili intelliguntur in rerum natura esse.* Nam et legitimae hereditates his restituuntur, et si prægnans mulier ab hostibus capta sit, id quod natum erit, postliminium habet, item patris vel matris conditionem sepultur ».

« Utique et *ex lege duodecim tabularum* ad legitimam hereditatem is, qui in utero fuit, admittitur, si fuerit editus. Inde solet remorari insequentes sibi agnatos, quibus praefertur, si fuerit editus » [99]).

Però, dice il giureconsulto in un altro luogo, « verbum ex legibus sic accipiendum est tam ex legum sententia, quam ex verbis » [100]). E infatti non vi può esser dubbio che la capacità dei non ancor nati sia stata introdotta per una interpretazione estensiva della legge. La legge chiamava alla successione intestata soltanto quello *qui morente eo, de cuius bonis quaeritur, in rerum natura fuerit* [1]); dunque, solo un essere già esistente è capace di succedere. Già in altro luogo di questo *Commentario* sono stati esposti i motivi pei quali è da credere che qui non si alludesse ai figli non nati e che solo in seguito alle dispute filosofiche sul principio della vita dell'uomo i giureconsulti giungessero al principio che anche il figlio nel ventre materno fosse capace di diritti [2]). Che qui abbiamo un'interpretazione estensiva delle XII tavole dovuta alla dottrina è provato anche dal modo com'è formulato quel concetto del giureconsulto Celso, *quia conceptus quodammodo in rerum natura esse existematur* [3]). Ma si può

---

[99]) L. 3 § 9 D. *de suis et legitimis heredib.* (XXXVIII, 16).

[100]) L. 6 § 1 D. *de verb. sign.* — Così anche nel pr. I. *de legitima patronorum tutela:* « Ex eadem lege duodecim tabularum libertorum et libertarum tutela ad patronos liberosque eorum pertinet, quæ et ipsa legitima tutela vocatur, non quia nominatim et lege de ea tutela cavetur, sed quia perinde accepta est per interpretationem, ac si verbis legis introducta esset ».

[1]) L. 6. in f. Dig. *de suis et legitimis heredibus*, 38, 16. Questa legislazione, d'altronde, conteneva anche una prescrizione sul termine, entro il quale un figlio nato dopo la morte del padre fosse da ritenersi legittimo. — Gellio, *Noctes Atticae*, lib. III, c. 16 « quoniam decemviri in decem mensibus gigni hominem, non in undecimo scripsissent ». — Nè è da negare che per tal via anche il diritto ereditario del postumo poteva facilmente venire ad essere attuato. L'esistenza di una disposizione precisa su di esso deve però porsi in dubbio. Confr. Dirksen, *Uebersicht der bisherigen Versuche* (Rivista dei tentativi fin qui fatti per la critica e la recostruzione dei frammenti delle XII tavole), pag. 285 seg.

[2]) Vedi § 1421 *h.* del *Commentario*, pag. 111 del volume precedente.

[3]) L. 7 D. *de suis et legit. her.* 38, 16.

anche ammettere senza esitare che la pratica stessa abbia preceduto questo principio dottrinale, onde non fu mai dubitato che un figlio legittimo nato dopo la morte del padre ereditasse da questo *ab intestato* e poichè dopo l'introduzione del diritto di successione necessaria un tal postumo rompeva il testamento paterno, così ben presto certamente si stabilì per effetto della pratica il principio che di esso dovesse tenersi conto nel testamento [4]). Ma anche altre persone, oltre i figli legittimi nati dopo la morte del padre, rompevano il testamento come *sui heredes*. Ciò portò ad un allargamento del concetto stesso di postumo e così divenne anche a poco a poco possibile di tenere in considerazione tutti quelli che avrebbero potuto rompere il testamento, vale a dire di istituirli o diseredarli. Una ulteriore estensione del concetto di postumo si ebbe per la consuetudine invalsa sotto l'egida della pratica e di nuove leggi di prendere in considerazione nel testamento anche persone non ancor nate al tempo della confezione di questo, le quali non avrebbero potuto romperlo come *sui*, e così si vennero a distinguere due specie di postumi, i *sui* e gli *alieni*, cioè quelli che al loro apparire non entravano in rapporto di suità col testatore e neppure vi sarebbero entrati se fosser nati vivente ancora questo [5]).

Che la regola dell'incapacità delle *incertae personae* si riferisse in generale anche ai postumi è provato dalla connessione in cui stanno con quella regola, e in particolare colle notizie sulla dispersa costituzione di GIUSTINIANO *de incertis personis* [6]), tutte le

---

[4]) Anche su questo punto si trovano maggiori particolari nel citato luogo del *Commentario*, pag. 111 del Vol. precedente, e in generale ivi è trattata ampiamente la parte più difficile della dottrina dell'istituzione e disederaziane dei postumi, di maniera che qui dobbiamo limitarci a una breve spigolatura, rimandando spesso a quella trattazione. Oltre gli autori citati al principio di questo paragrafo, si occupano più particolarmente del presente argomento, fra gli scritti citati al detto § 1421 *h*, le due dissertazioni del TILLING, *de postumis heredibus instituendis vel exheredandis*. Spec. I (pr. Rau), Lipsiæ 1790; Spec. II, Lipsiæ 1794.

[5]) § 26 I. *de legatis*, 2, 20. Più oltre seguirà una spiegazione precisa del concetto di postumo alieno.

[6]) § 26, 27 I. *de legatis*, 2, 20.

decisioni delle fonti sull'istituzione dei postumi. Vero è che la regola si trova applicata immediatamente soltanto al *postumus alienus* [7]), di guisa che si è anche sostenuto che essa non valesse pei *postumi sui* [8]): ma tutto in definitiva si risolve nella questione se già per le dodici tavole non potessero i *postumi sui* essere istituiti. Non si può neppur contrastare che gli altri *postumi* non lo potessero e che l'istituzione loro sia stata resa possibile solo in seguito e per gradi [9]). Al tempo dei giureconsulti classici questo stato del diritto però era completamente cangiato; l'istituzione di tutti i *postumi sui* era ormai possibile, purchè il testatore si fosse espresso con sufficiente precisione e se ancora per alcuni singoli casi vi era qualche dubbio il testamento veniva, ciò non ostante, mantenuto in vigore dal pretore mediante la concessione della *bonorum possessio secundum tabulas* [10]).

Mancava per ciò ogni interesse pratico per l'applicazione delle regole *ai postumi sui*, ma il principio deve necessariamente esser lo stesso per tutti i postumi, cioè il motivo stesso pel quale il postumo alieno può dirsi persona incerta si applica anche al *suus*. Quale però sia questo motivo è una questione che è stata oggetto di lunghe trattazioni. Di solito la questione vien proposta in una forma troppo generica, si domanda cioè semplicemente l'origine della regola *incerta persona heres institus nequit*, e la si vuole spiegare ammettendo che l'originaria incapacità delle persone incerte riposasse sempre su un unico fondamento [11]). Alcuni cercano di spiegare tutto col motivo addotto da ULPIANO *quoniam certum esse debet testantis consilium* [12]): altri, vedendo l'impossibilità di una

---

[7]) GAIO, II, 244; § 26 I. *de legatis* 2, 20; TEOFILO *ad h. l.*

[8]) Così, per es., il RAU, *Diss. de personis incertis* § 3.

[9]) Vedi L. 29 Dig. *de lib. et post.* 28, 2 e la mia trattazione nel volume precedente, pag. 111.

[10]) Vedi pag. 111 del volume precedente di questo *Commentario*.

[11]) Su questa questione, la quale però non offre un grande interesse pratico, e non merita per tal motivo una trattazione diffusa, si confrontino RAU, *Disp. de personis incertis*, § 4; TILLING, *Diss. II de postumis heredibus institutis*, pag. 110-127; HUEBNER, *Disp. laud.*, pag. 81 seg. e numerosi scrittori antichi citati ivi.

[12]) Così VINNIO, *Comm. ad § 26* I. *de leg.*, 2, 20, n. 1. Neppure a

spiegazione non sforzata di tutti i casi su questa base, ritengono insufficiente tale motivo [13]). I tre scrittori citati alla nota 11 derivano la regola dall'antica forma del testamento, nella quale era necessario che l'erede intervenisse all'atto stesso del testamento, o in ogni caso non era capace di essere istituito se non colui, che poteva intervenire ai comizii [14]), o, come dice un altro dei citati scrittori, « quod negotia civilia, ea maxime quae de obligationibus ac de transferendo rerum dominio, non possent celebrari nisi cum certis a certis » [15]).

---

lui del resto sfugge come sia sforzata la spiegazione: « quasi non solido consilio id a testatore factum esset, ignorante et an nascituri sint et quales nascituri, et quot nascituri », onde egli dice che i postumi sono *incertæ personæ, aut incertis personis similes.* In modo analogo si esprime TEOFILO, ad h. §: « Postumus alienus *similis est* (Οικε) personis incertis ». Ma se pure egli ha voluto dire con ciò che il predicato di *incerta persona* non si adatta propriamente al postumo, egli era certamente ben lontano dal concludere col VINNIO che il postumo dovesse considerarsi *persona incerta* nel senso che al testatore fosse in certo modo mancata la determinazione di volontà precisa.

[13]) Così HUEBNER, pag. 81 seg., il quale crede che questa ragione non sia migliore di quella che ULPIANO avesse addotto dicendo *persona incerta nequit institui, quoniam non potest institui,* perocchè *persona incerta* è secondo GIUSTINIANO § 25 I. *de leg.* II, 20 e GAIO II, 238 quella *quam incerta opinione animo suo testator sibi proposuit* o secondo TEOFILO, ad h. l. *quam incerto iudicio* (ἀδήλῳ κρίσει) *testata sibi proposuit.* Questa espressione non è tuttavia che un altro modo di dire che ULPIANO designa come mancanza di *certum consilium;* e ambedue i modi esprimono assai bene ciò che egli voleva dire; soltanto non bisogna supporre che nell'usare tali espressioni egli avesse di mira tutte le applicazioni della regola *incerta persona heres institui nequit.*

[14]) Così si esprime anche il RAU, *loc. cit.*, pag. 21, il quale è pure di opinione che possa aver avuto influenza sulla regola anche il riguardo al mantenimento dei *sacra privata*, onde l'interesse pubblico abbia imposto che la persona dell'erede fosse conosciuta. Questo interesse però e la cura per il mantenimento dei *sacra privata* esistevano ancora in un tempo nel quale i testamenti per mancipazione scritti erano già venuti in uso e il nome dell'erede non poteva così esser conosciuto prima dell'apertura del testamento.

[15]) TILLING, *loc. cit.*, pag. 125. Del resto l'autore conferma la sua opinione anche con qualche altro argomento, in ispecie riferendosi all'antica forma di testamento, colla quale l'istituzione di persone sconosciute od incerte non sarebbe stata conciliabile. La sua opinione per tal modo viene

Questo concetto non manca di qualche fondamento, perchè è fuori di dubbio che con una persona inesistente o sconosciuta non si poteva contrarre alcun negozio formale, e per ciò neppure in sua vece con un rappresentante, e l'antico testamento per mancipazione deve appunto considerarsi come un negozio fra il testatore e l'erede. Se questa però fosse stata l'origine della regola dell' incapacità delle persone incerte, difficilmente i giureconsulti romani avrebbero cercato un' altra spiegazione. La regola *incerta persona heres institui nequit* deve piuttosto ritenersi originata dal principio che se manca il *certum consilium testantis* il testamento non vale.

Da ciò si è derivata la conseguenza che non possa lasciarsi al caso cieco di determinare chi debba esser erede, che la persona dell'erede debba quindi esser nominata, o per lo meno determinata con una designazione individuale, in altre parole che un erede individualmente indeterminato od incerto non sia un erede. Vi erano però alcuni altri casi ancora nei quali l'istituzione d'erede non poteva valere per mancanza di determinazione individuale, e cioè le istituzioni di persone giuridiche o di postumi. È chiaro che la mancanza di determinazione individuale va intesa qui in senso del tutto diverso che nei casi in cui il testatore non ha designato precisamente per nome la persona dell' erede. Per le persone giuridiche mancava tale determinazione per la loro mancanza d'individualità corporale, pei postumi perchè essi non esistevano ancora. Ma, come noi possiamo parlare a questo proposito di indeterminatezza individuale, anche i Romani poteano benissimo ricondurre questi casi sostanzialmente diversi sotto la regola *persona incerta heres institui nequit,* regola che in origine avea certamente un significato più ristretto [16]). Ma appunto per ciò noi non dobbiamo di-

---

a coincidere in ciò sostanzialmente con quella del Rau, e lo stesso è a dire dell'opinione del Hübner, non ostante questi cerchi di darla per propria, originale. *Loc. cit.*, pag. 83-87.

[16]) Dovunque la regola è riferita prima si parla della mancanza di *certum consilium* o di *certa opinio* e si adducono appunto esempii di tale specie, poi si parla anche dei postumi e delle persone giuridiche e in tal connessione con quanto precede che non si può certamente dubitare che

menticare la diversità dei casi; l'esattezza teorica e il riguardo alla necessità di evitare errori pratici richiedono anzi che noi cerchiamo di spiegare ciascuna delle limitazioni particolari cadenti sotto quella regola dal suo particolare punto di partenza.

Questo si trova facilmente pei postumi in senso stretto, cioè pei nati dopo il testamento. In origine essi non potevano essere istituiti perchè non avevano esistenza, e anche quando si formò la regola *conceptus in rerum natura esse existimatur* all'istituzione loro si oppose tuttavia l'incertezza della loro esistenza futura, anzi non è improbabile che appunto per ciò essi siano stati designati come *incertae personae*. Vero è che da quella regola si fece derivare sopra tutto la capacità di succedere dei postumi e così fu resa possibile anche la loro istituzione nei testamenti, ma molto tempo ancora dopo la nascita della regola una numerosa classe di postumi non era capace di essere istituita, e ciò non poteva avere altro fondamento, una volta riconosciuta la loro personalità, che appunto la incertezza della loro esistenza futura. In questo come in altri casi si può dunque dire che la personalità è il requisito fondamentale della capacità di succedere per testamento, ma non in tutti i casi dove quella è riconosciuta questa esiste. Così il concetto di *incerta persona* si adatta anche ai *sui postumi*, i quali pure esistevano già fisicamente al tempo della confezione del testamento. La suità è una qualità speciale della capacità giuridica della *persona*, e il sapere se essa si avvererà per un determinato subietto già esistente è altrettanto incerto quanto la vita futura di un figlio non ancor nato.

Per ciò che riguarda le modificazioni della regola pei postumi, già sopra fu osservato che secondo il diritto delle Pandette tutti i *postumi sui* potevano essere istituiti. Anzi, se alcuno non avesse al tempo del testamento diritti di erede necessario e fosse

---

anche a questi si applicasse: neppure però è lecito disconoscere che la regola si riferisse più direttamente e in origine alle dichiarazioni di volontà incerte in senso subiettivo. In questo senso vedasi anche TEOFILO, *loc. cit.*, il quale dice che il postumo è « *similis* incertis personis » (vedi sopra nota 12).

divenuto solo più tardi *heres suus* del testatore, bastava che al tempo della delazione dell'eredità egli si trovasse istituito semplicemente, cioè non come *postumus suus;* il testamento non era certamente rotto pel solo motivo che egli non fosse stato istituito come *suus* [17]). Alla forma dell'istituzione si dava ancora importanza solo quando quella fosse avvenuta con una determinata delle formule pei *postumi sui* e si fosse avverato un altro caso di suità; in tal caso il testamento non poteva valere, almeno secondo il diritto civile, perocchè difficilmente potrebbe negarsi che anche qui il pretore venisse in aiuto colla *bonorum possessio secundum tabulas* [18]). Ma se anche ciò non fosse stato, secondo il diritto nuovo certamente l'uso di una formula impropria non sarebbe bastato ad annullare l'istituzione [19]), salvo che la volontà del testatore fosse stata proprio diretta limitatamente al solo caso indicato.

Ad ogni modo la *constitutio de incertis personis,* la quale aveva per oggetto soltanto la possibilità giuridica dell'istituzione di talune persone, non la forma di questa, non può aver aggiunto nulla su questo punto. Diversamente andavano le cose pei postumi alieni e a questi soli allude GIUSTINIANO là dove parla della sua const. *de incertis personis* [20]). Certo la sua esposizione qui è un po' sconnessa: egli dice al § 26 I. *de legatis* 2, 20: « Postumo inutiliter legabatur » e quasi immediatamente dopo (§ 28), « postumus alienus heres institui *et antea poterat* et nunc potest »; mentre, com'è noto, anche pei legati antichi erano più facili e più frequenti le deviazioni dai principii rigorosi del diritto che per le istituzioni d'erede. Soltanto combinando le diverse disposizioni che trattano dei lasciti ai postumi alieni è possibile una conciliazione dei testi. Ma prima è necessario fissare il

---

[17]) L. 23 § 1 D. *de lib. et. postum.* « Si Titius heres institutus loco nepotis adoptetur, defuncto postea filio, qui pater videbatur, nepotis successione non rumpitur testamentum ab eo, qui heres invenitur ».

[18]) Confr. pag. 514 seg. del precedente volume del *Commentario*.

[19]) L. 15 C. *de test.* 3, 23.

[20]) § 26, 27 I. *de legat.* Pr. I. *de bon. poss.*

concetto di postumo alieno. GAIO e GIUSTINIANO [21]) ce ne danno il seguente:

« Est alienus postumus, qui natus inter suos heredes testatori [22]) futurus non est; ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo ».

Postumo alieno è dunque quello che non ha i diritti di *suus* contro il testatore [23]). Nulla importa poi il rapporto fra il postumo e il testatore, anche il discendente può essere postumo alieno se non abbia diritti di *suus*. Anzi bisogna ammettere che l'espressione *postumus* di regola si riferisce ai figli e agli altri discendenti del testatore [24]).

Per questo concetto stanno l'origine della parola, e i molti testi nei quali senza altra dilucidazione deve esser supposto che per postumo s'intenda soltanto un discendente [25]), finalmente la ragione per la quale fu ammesso che dei postumi si potesse tener conto nel testamento. Egli è infatti noto che questo si fece per impedire che i discendenti postumi rompessero il testamento. Gli eredi necessarii pretorii, gli emancipati cioè e i discendenti a loro parificati, non rompevano, è vero, il testamento dal quale

---

[21]) GAJI, *Inst.*, II, § 241, § 26 I. *de legat.* 2, 20.

[22]) Nella maggior parte dei manoscritti delle Istituzioni si legge *testatoris*, lezione accolta anche dallo SCHRADER. Ma in GAIO e in alcuni manoscritti citati dallo stesso SCHRADER si ha la miglior lezione *testatori*.

[23]) GAIO enumera qui, secondo il sistema degli antichi, soltanto l'origine più propria dei postumi, la nascita; ma ciò non significa che *alienus postumus* sia chiunque non nato come *suus*, perchè altrimenti egli stesso non avrebbe potuto dire: « Ac ne heres quidem potest institui postumus alienus » (§ 241), mentre già da lungo tempo era ammesso che l'avo potesse istituire il nipote, che al tempo della nascita non fosse ancora *suus* di lui, ma lo fosse divenuto più tardi per la morte del proprio padre. L. 29 § 15 D. *de lib. et post.*, 28, 2. Confr. pag. 469 seg. del vol. precedente del *Commentario*.

[24]) È noto che gli antichi fanno derivare il nome appunto da ciò, che in origine si intendesse con esso un figlio nato dopo la morte del padre. Vedi, per es., VARRONE, *de lingua latina*, lib. VIII, in GOTOFREDO, *Auct. lat. linguae*, pag. 84, linea 21; GELLIO, *Noctes Atticæ*, Lib. II, c. 16; WINCKLER, *de lege Iunia Velleia*, § 5. Opuscula, numero I, pag. 262. Confr. pag. 422 nota 44 del precedente volume.

[25]) Vedi L. 4, 5, 27 D. *de lib. et post.* 28, 2.

fossero stati preteriti [26]), ma essi potevano ottenere una *bonorum possessio contra tabulas* colla quale il testamento veniva in sostanza rescisso [27]). La formula d'istituzione dei postumi si adattava però soltanto ai *postumi sui*, questi soli adunque potevano essere istituiti secondo il diritto civile. Ma come il pretore dava una *bonorum possessio contra tabulas* ai postumi *non sui* preteriti, così evidentemente fu ammesso che essi potessero ottenere anche quella *secundum tabulas* quando fossero stati istituiti [28]). Dobbiamo dunque ritenere che in origine per postumo alieno s'intendesse un discendente del testatore, che non avesse diritti di *suus*, e che anche nelle fonti nuove il più spesso si alluda a questo, il che del resto corrisponde al metodo degli antichi, i quali nelle determinazioni di carattere generale prendeano di solito in considerazione il concetto originario e proprio della cosa [29]). Ma non per questo si può affermare che la parola *postumus* si riferisca

---

[26]) Vedi Teofilo, *Paraphr.* ad § 5 I. *quibus modis test.* e sopra pag. 321 del presente volume.

[27]) Confr. L. 1 § 1, L. 4 § 1, 3 Dig. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4: Ulpiano, XX, 23. Bluntschli, *Entwickelung der Erbfolge gegen den letzten Willen* (Svolgimento del diritto di successione contro la volontà del defunto), pag. 72, e pag. 664 del vol. precedente del *Commentario*. A tutela del diritto di successione dei discendenti postumi *sui* o non *sui* il pretore introdusse un rimedio speciale, la *bonorum possessio ventris nomine*, la quale non può però esser considerata come una specie di successione ereditaria, ma è piuttosto la garanzia del diritto eventuale del postumo. L. 1 pr., § 11, D. *de ventre in poss. mitt.* 38, 9. Foerster, *de bonorum possessione liberorum praeteritorum contra tabulas parentum*, pag. 246; Bluntschli, *loc. cit.*, pag. 73 seg. In seguito questa *bonorum possessio* servì a garanzia di qualunque altro diritto di successione intestata.

L. 7 pr. D. *eod.* « Ubicunque ab intestato admittitur quis, illic et venter admittitur scilicet si talis fuerit is, qui in utero est, ut, si in rebus humanis esset, bonorum possessionem petere posset, *ut in omnibus partibus edicti pro superstite habeatur is, qui in utero est* ».

[28]) Pr. I. *de bon. poss.* L. 3 D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII, 11).

[29]) Pel caso nostro ciò risulta ancora dall'esempio ivi citato: « ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo ». § 26 I. *de legatis*, 2, 20.

sempre a un discendente del testarore [30]). Il contrario appare chiaramente dai seguenti testi.

L. 6 pr. D. *de inoff. test.* [31]). « Postumus inofficiosus testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres, *vel legitimus* potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore; *sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere*. — Simili modo et eum, qui post testamentum matris factum ex secto ventre extractus est, posse queri dico » [32]).

L. penult. D. *de legat. I.*: « *A fratris postumo* [33]) fideicommissum dari potest; sola enim voluntas servatur in fideicommissis, et obtinuit Galli sententia, alienos quoque postumos legitimos nobis heredes fieri ».

Il primo dei due testi parla ancora di postumi aventi i diritti di eredi necessarii, in senso ampio, e autorizzati per ciò a intentare la *querela inofficiosi* se preteriti: nel secondo però è riconosciuto che anche i postumi di un fratello, che sono postumi senza alcun diritto di legittima verso il testatore, possano essere gravati di fedecommesso come eredi legittimi, dunque esser te-

---

[30]) Questo sostengono il Barone ad § 26 I. *de legatis*, 2, 20, p. 264 seg. e lo Strauch, cit. *Diss. de personis incertis*, cap. V, § 6.

[31]) Questo testo fu già esaminato per altro riguardo a pag. 106 del volume precedente.

[32]) L'opinione di coloro che pensano che l'istituzione di un postumo non *suus* sia concessa sull'analogia di quella dei *sui* può esser confutata colle sole parole finali di questo testo, perocchè altrimenti non si potrebbe parlare neppure del postumo di una donna, nè di *bonorum possessio* contro il testamento di questa. Vedi pag. 651 del volume precedente.

[33]) In alcuni manoscritti in vece di *fratris* si legge *heredis* o *heredi*, e questa lezione non manca di difensori. Vedi per es. Lud. Charondas, *Verisimilia*, lib. I, c. 15 nel *Thesaurus* di Ottone, I, p. 722. Per lo meno essa non ha nulla che possa contraddire al significato da me ammesso del *postumus alienus*, anzi con essa si riconoscerebbe che già al tempo dei giureconsulti classici avrebbe potuto esser preso in considerazione in un testamento anche il postumo di un non parente. Tuttavia la lezione fiorentina *a fratris postumo* si adatta meglio all'insieme del testo, perchè qual significato avrebbe, altrimenti, l'osservazione che il diritto di successione legittima del postumo era stato riconosciuto sulla base dell'opinione di Gallo Aquilio? Vedi Merenda, *Controversiae iuris*, XV, cap. 1, § 10.

nuti in considerazione almeno in un codicillo. Le parole *obtinuit Galli sententia* hanno sempre dato luogo a discussione assai viva [34]). Che Gallo Aquilio (non può dubitarsi che di questo si parli) abbia espresso precisamente il principio che gli agnati postumi succedono *ab intestato* come i discendenti postumi [35]) è anche possibile. Come infatti egli ammise la possibilità dell'istituzione di un *postumus suus* in via d'interpretazione della formula da lui stesso inventata [36]), allo stesso modo poteva argomentare così: il diritto di un postumo *suus* ad ereditare *ab intestato* e per conseguenza a rompere il testamento dell'ascendente suppone il riconoscimento di un diritto di eredità legittima per un uomo non ancor nato, è logico dunque che questo diritto valga per tutti coloro che la legge chiama alla successione [37]). Può anche essere però che il giureconsulto abbia inteso per postumo alieno quello che sarebbe stato alieno, se nato al tempo dell'istituzione, vale a dire il nipote da un figlio ancor vivente, che fosse istituito se-

---

[34]) Vedi BACHOVIUS *ad Instit. tit. de legat.* § 20 (26), Nr. 3; TAURELLIUS *ad Gallum et Legem Vellejam* (OTTO, *thes.* t. IV, p. 1007); WINCKLER, *diss. de lege Jun. Vell.* § 9 (opp. T. I, p. 272 sqq.); RAU, *diss. de incertis personis*, § 3, p. 18, sq.; TILLING Diss. II, cit. p. 103 sq.; HÜBNER, Disp. cit. p. 92 sq. e scrittori ivi citati.

[35]) Ciò è ammesso, fra altri, da L. TORELLI (vedi nota precedente), MAIANSIO, *ad triginta iurisconsultorum fragmenta*, II, pag. 13, § 6; POTHIER, *Pand. Iust.* II, pag. 285, nota C.

[36]) L. 29 pr. Dig. *de liberis et post.*, 28, 2. Il diritto dei discendenti postumi del testatore era già riconosciuto, ma solo di quelli ai quali non potesse contrapporsi al tempo del testamento alcuno più vicino. L'innovazione di GALLO AQUILIO consiste per ciò nell'aver ammesso la possibilità di istituire alcuno anche pel caso che vi fossero eredi più vicini di lui al momento della morte del testatore. Vedi pag. 442 del volume precedente.

[37]) In questo modo vien distrutto l'argomento del WINCKLER, *loc. cit.*, pag. 272, e di altri che GALLO, se potesse attribuirsi a lui direttamente questa innovazione, avrebbe agito come legislatore e non come interprete. Io stesso aveva prima dubitato che si potesse ritenere GALLO AQUILIO autore diretto di questo principio (vedi pag. 443, nota 12 del vol. precedente); ma ora sono propenso a dire col BACHOVIO, *loc. cit.*, nota 34: « potuit et alia induxisse GALLUS, . . . *sed quisque hoc in re suo iudicio fruatur* .

condo la formula Aquiliana; la *sententia Galli* sarebbe in tal caso il principio posto a fondamento della sua formula, colla quale si poteva prendere in considerazione anche l'eventuale diritto di successione di figli postumi che, se fossero esistiti al tempo della fazione del testamento, non avrebbero avuto diritti di *heredes sui* [38]). In una parola, da questo testo appare chiaramente che in origine era ammesso alla successione intestata come erede legittimo soltanto il già nato, in seguito poi il concetto di postumo, limitato così in origine ai soli discendenti, si allargò fino a concedere il diritto di eredità anche agli agnati postumi. Non è credibile però che si rimanesse a questo punto, l'estensione al postumo *non suus* dovette invece portare naturalmente al principio che noi troviamo espresso nelle fonti: « Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem petere posse » [39]).

Nessuna difficoltà per ciò si deve avere ad estendere ad ogni postumo istituito erede, parente o no del testatore, la regola data da ULPIANO, per la quale anche se sia istituito erede un postumo estraneo, alla madre è data la *bonorum possessio ventris nomine* pel caso che essa non abbia mezzi di sostentamento [40]), ed è infatti opinione comune che postumo alieno o estraneo sia qualunque uomo non ancor nato al tempo della fazione del testamento, il quale non sia *suus heres* del testatore, ne sia egli poi o no il discendente [41]).

---

[38]) Questo sembra ammettano i più. Vedi per es. L. CHARONDAS, *loc. cit.*, in OTTONE, *Thes.* I, p. 721; TILLING, *Diss. II* cit., pag. 103 seg. e sopra pag. 443 nota 12 del vol. precedente. Confr. anche la nota precedente.

[39]) L. 3 D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII, 11).

[40]) L. 6 D. *de bon. poss. ventris nomine* (XXXVII, 9).

[41]) Vedi per es. BACHOVIO e VINNIO ad *Inst. loc. cit.* Quest'ultimo distingue tre specie di *alieni postumi*, quello al quale si adatta direttamente la formula Aquiliana, il *magis alienus*, cioè il *nepos ex filio conceptus*, il postumo di una madre, e l'*alienissimus et maxime extraneus!* WINCKLER, *loc. cit.*, pag. 272 seg. RAU, *Diss.* cit., § 3, pag. 12; TILLING, *Disp.*, I, pag. 16, *disp. II*, pag. 95 seg. HUEBNER, *loc. cit.* pag. 49. È concorde anche lo Scoliaste dei Basilici, Tom. V, pag. 325, sch. 9.

Non ostante ciò i postumi alieni non erano ancora al tempo dei giureconsulti classici considerati subietti pienamente capaci secondo il diritto civile di ricevere per testamento. Le formule d'istituzione del diritto civile erano applicabili soltanto ai *postumi sui*, l'istituzione di erede d'un postumo alieno non aveva effetti civili. Il pretore dava bensì la *bonorum possessio secundum tabulas* sulla base del principio *conceptus in rerum natura esse videtur* [42]), ma GAIO potea sempre dire con ragione: *ne heres quidem potest institui postumus alienus* [43]), perchè il *bonorum possessor* non era *heres* in senso stretto, l'istituzione d'erede del diritto civile non potea come tale avere alcun valore. A poco a poco però gli effetti dell'eredità civile e quelli dell'eredità pretoria andarono parificandosi, onde GIUSTINIANO, che non avea di mira che gli effetti, così si esprime sull'istituzione di un postumo alieno: « postumus autem alienus heres institui et antea poterat, et nunc potest » [44]). La validità di una tale istituzione secondo il diritto civile è da GIUSTINIANO stesso attribuita in altro luogo alla propria costituzione *de incertis personis*, la quale però non introdusse in questo riguardo alcuna innovazione sostanziale:

« Si alienus postumus heres fuerit institutus, quamvis hereditatem jure civili adire non poterat, cum institutio non valebat, honorario tamen jure bonorum possessor efficiebatur, videlicet cum a Praetore adjuvabatur; sed et hic nostra constitutione (*de*

---

[42]) L. 3 D. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11. Vedi sopra il testo rispondente alla nota 39.

[43]) GAIO, II, 242. In un altro testo GAIO dice che i postumi devono ritenersi capaci sotto molti riguardi, ma i *sui* in più alto grado che gli *extranei*.

« Cum in compluribus aliis causis postumi pro jam natis habeantur et in hac causa placuit, non minus postumis, quam jam natis testamento tutores dari posse: si modo in ea causa sint, ut si vivis nobis nascantur, in potestate nostra fiant. Hos etiam heredes instituere possumus, cum extraneos postumos heredes instituere permissum non sit » (Lib. I, § 147).

[44]) § 28 I. *de legat.* Vedi Fr. DUARENUS, *disputation. anniversariae*, Lib. II, c. 38 (opp. p. 1072). VINNIUS ad h. l. STRAUCH, *Diss. de pers. incertis*, Cap. V, § 8-9. TILLING, *Disp.* II, p. 98. HÜBNER, *loc. cit.* pagine 105. Vedi infra nota 58.

incertis personis) hodie recte heres instituitur, quasi et juri civili non incognitus » [45]).

Non andavano precisamente così le cose pei legati.

Per questi ai tempi dei giureconsulti classici l'effetto dipendeva ancora il più spesso dalla forma, e da questa dipendeva talmente che un legato che non avesse potuto valere come tale non valeva neppure come fedecommesso [46]), mentre i fedecommessi erano riconosciuti validi per talune persone incerte, in particolare pei postumi alieni.

In origine i fedecommessi non erano, come è noto, sottoposti alle limitazioni subiettive del diritto positivo [47]), in seguito ciò mutò, e un senatusconsulto sotto ADRIANO stabilì che i fedecommessi lasciati a persone incapaci secondo il diritto civile dovessero andare al fisco [48]).

---

[45]) Pr. I. *de bon. poss.* 3, 9. Il più spesso si ammette che il pretore abbia emesso su ciò un editto proprio. Vedi HOFFMANN, *Historia iuris romani Iustinianaei*, Vol. II, pag. 305 seg. RAU, *Diss. de personis incertis*, § 7, pag. 39 seg.

[46]) La stessa costituzione degli imperatori COSTANTINO, COSTANZO e COSTANTE dell'anno 339 (L. 21 § 7 Cod. *de legatis*; « legatis vel fideicommissis necessaria non sit verborum observantia ») non può ancora essere intesa nel senso che un legato, che non potrebbe valere affatto come legato per difetto di forma, valga come fedecommesso. Vedi MAREZOLL, *Zur Lehre von den Vermaechtnissen* (Sulla dottrina dei legati) nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile), Vol. IX, n. IX, pag. 250 seg. È solo per una costituzione di GIUSTINIANO dell'anno 531 (L. 2 Cod. *Comm. de legatis* 6, 43) che ciò si ottenne abolendesi totalmente la differenza formale ancora esistente fra legati e fedecommessi. MAREZOLL, *loc. cit.* pag. 261 seg. Il legare a un postumo alieno era però già concesso dalla costituzione *de incertis personis*.

[47]) GAJO, II, 285; TEOFILO ad § 1 I. *de fid. her.*

[48]) GAJO, *Inst.*, II, § 285. « Sed postea id prohibitum est, et nunc ex oratione divi HADRIANI senatusconsultus factum est, ut ea fideicommissa fisco vindicarentur ». Confr. § 25 I. *de legat.* « Incertis vero personis neque legata, neque fideicommissa olim relinqui concessum erat: nam nec miles quidem incertae personae poterat relinquere ut divus HADRIANUS *rescripsit* ».

ADRIANO adunque dette all'antica regola, che una persona incerta o indeterminata non potesse essere onorata in un testamento, la maggiore estensione compatibile colle modificazioni già ad essa apportate dal di-

Fino a quel momento una persona incerta, e quindi anche un postumo alieno, poteva ricevere un fedecommesso purchè fosse esistente e riconoscibile, ma col senatusconsulto di ADRIANO ciò fu mutato: GAIO dice nel § 287 del II libro delle Istituzioni:

« Incertae personae, vel postumo alieno per fideicommissum relinqui poterat, quamvis neque heres institui, neque legari ei posset. Sed senatusconsulto quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque constitutum est ».

Così si spiega molto probabilmente il seguente insegnamento di GIULIANO, un contemporaneo di ADRIANO:

« Si ei, qui post testamentum factum et *ante codicillos scriptos natus esset*, codicillis per fideicommissum aliquid daretur, utile est » [49]).

Spesso questo testo è addotto fra gli argomenti che dovrebbero provare che qualunque postumo poteva ricevere un fedecommesso [50]); ma a torto, perchè GIULIANO richiede espressamente per la validità della disposizione che il non ancor nato al tempo del testamento fosse nato però prima che fosse fatta la disposizione colla quale gli si lasciava il fedecommesso, vale a dire prima del codicillo. Dopo che la validità dei fedecommessi a favore dei postumi fu riconosciuta, le parole *et ante codicillos scriptos natus esset* non possono avere più quel senso, l'argomento *a contrario* che da quelle parole si deriva non è più conciliabile col nuovo diritto [51]). La incapacità stabilita dal senatusconsulto di ADRIANO per

---

ritto civile, e probabilmente ciò fece nell'interesse del fisco. Confronta SCHRADER, note alle Istituzioni pag. 375.

[49]) L. 2 pr. Dig. *de iure codic.* 29, 7.

[50]) Vedi la GLOSSA di ACCURSIO a questo testo. MERENDA, *Controversiae iuris civilis* XV, c. 1, § 5; ALTAMIRANO, *ad lib. XIII quaestionum Scaevolae*, T. VIII, § 13, in MEERMANN, *Thesaurus*, II, p. 482; HÜBNER, *loc. cit.* p. 91.

[51]) Il testo però serve sempre a spiegazione del principio *in illis quae facti sunt, tempus codicillorum spectandum est* (L. 7 § 1 Dig. *de iure cod.* 29, 7,) e per ciò i compilatori lo accolsero nelle Pandette. Confr. POTHIER, *Pand. Iust.* tit. *de iure codicillorum*, n. XXII, pag. 266 B.

le persone incerte, fu tolta per alcuni casi [52]), fra i quali è da annoverarsi la concessione dei fedecommessi di famiglia [53]), i quali non si possono facilmente conciliare con quella incapacità: già al tempo di GAIO poi sembra che essa fosse stata abolita pei postumi. Questo giureconsulto non attesta ciò espressamente, è vero, ma egli presuppone la validità di tali fedecommessi quando scrive:

« Si sibi et postumo suo *vel alieno* hereditatem restituere quis rogaverit, — utrum ita postumus partem faciat, si natus sit, an et natus non sit, quaeritur » [54]).

Egli decide che se il postumo non nasca, la parte a lui lasciata vada all'altro fedecommessario (*minime postumum* partem facere); se invece il postumo nasce egli concorre con quest'ultimo [55]). Non è impossibile che qui vi sia una interpolazione (vedi nota 54), ma ciò non c'interessa, perchè, comunque andassero le cose riguardo al fedecommesso [56]), certo è che pei legati l'antico diritto rimase del tutto immutato fino a GIUSTINIANO.

Così si spiega benissimo come l'imperatore potesse dire che l'istituzione di erede di un postumo alieno era permessa già prima mentre il legato al medesimo divenne possibile soltanto dopo la sua costituzione [57]). L'una cosa e l'altra sono letteralmente vere: soltanto però l'imperatore usa qui l'espressione *heres* in un senso

---

[52]) Un senatusconsulto APRONIANO concesse la facoltà di lasciare eredità fedecommessarie alle città. L. 26 Dig. *Ad Senat. Trebell.* 36, 1. ULPIANO, XXII, 5. Di questo senatusconsulto parleremo più oltre al n. II. Confr. intanto SCHULTING, note a ULPIANO, p. 6, § 5, nota 13.

[53]) L. 52 in f. L. 69 in f. Dig. *de legatis* II, 31.

[54]) L. 5 in f. L. 6 Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5. Dopo la L. 5, che termina colle parole *rogaverit*, è interpolato questo testo di MARCIANO: « vel ex parte te ex parte postumum heredem instituisset, legatumve similiter vel fideicommissum dedisset »; nel quale non può alludersi che ad un postumo *suus*, a meno che le parole *vel alieno* non siano interpolate nel testo precedente. Così infatti congettura il COSTA ad § 28 I. *de legatis* in f. e, richiamandosi all'autorità di CUIACIO, il POTHIER, *Pand. Iust.* lib. XXX-XXXII, n. 424, II, p. 360, nota *a*.

[55]) L. 7 in f. Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5.

[56]) Confr. ancora HUEBNER, *Disp.* citata pag. 91 seg.

[57]) § 26-28 I. *de legatis*, 2, 20.

improprio, cioè per *bonorum possessor* [58]). È dunque superfluo notare come sia del tutto infondata la congettura dell'ALCIATO [59]), il quale interpolando un *non* davanti *ad alienos* nel § 28 I. *de legatis* 2, 20, vuole intendere le parole di GIUSTINIANO nel senso che sia sempre stato possibile istituire erede un *postumus suus* [60]).

L'imperatore del resto aggiunge la limitazione *nisi in utero eius sit quae iure nostro uxor esse non potest*. Significa ciò che il postumo di una donna che il testatore non avrebbe potuto sposare non possa da lui essere istituito? Se questo principio fosse vero assolutamente (lo è in certa misura) o si dovrebbe ammettere che il testatore potesse istituire soltanto i postumi nati da lui per giusto matrimonio, oppure che i postumi di una persona parente prossima del testatore, per esempio i figli della sorella, non potessero essere istituiti, lo potessero invece i figli di una donna a lui completamente estranea.

La prima cosa è, come abbiamo già sopra dimostrato, inesatta, colla seconda il diritto romano avrebbe sancita un'assurdità della quale sarebbe difficile trovare l'uguale. Occorre dunque che cerchiamo un'altra spiegazione, la quale però non è lontana. Fu già sopra osservato che nel parlare dei postumi il più spesso si avevan di mira soltanto i discendenti del testatore, senza però escludere altri postumi dal diritto vigente in generale pei postumi alieni. Anche GIUSTINIANO ha qui di mira i discendenti del testatore come è provato dalle parole finali del § 26: *ideoque ex emancipato filio conceptus nepos extraneus erat postumus avo*. Evidentemente però è contrario al buon costume e al diritto l'istituire come propri i figli nascituri di una donna colla quale non è permesso vivere in matrimonio, sia poi che quegli eredi si considerino come postumi *sui* o come postumi *alieni*.

---

58) Confr. DUARENO, *Disp. univers.*, lib. II, c. 38, e gli scritti citati alla nota 44. Vedi anche FABRO, *Coniecturae*, IX, c. 2; MERENDA, *Controversiae iuris* lib. XV, c. 1, § 7; SCHRADER ad § 28 I. *de legatis* 2, 20.

59) ALCIATO, *Parerga*, IX, c. 1.

60) Vedi in contrario ROBERTUS, *Receptarum lectionum*, lib. I, c. 3; VINNIO, *ad* § 28 *I. de legatis* 2, 20.

Di questi ultimi parla qui Giustiniano, dei primi parla Paolo in un testo delle Pandette [61]) dove è detto fra le altre cose: § 1, « Sed si ex ea, quæ alii nupta sit, postumum quis heredem instituerit, ispo jure non valet, *quod turpis sit institutio* »; (§ 3): « Sed si ex ea, quam nefas sit ducere, postumum heredem instituero non putat rumpi testamentum Pomponius ». Quest' ultima è soltanto un'applicazione del principio che una tale istituzione è nulla: se così è, il testamento non può valere e non può per conseguenza rompere il precedente. È fuor di dubbio che qui come nel testo delle Istituzioni si allude a quei postumi che il testatore istituisce come suoi [62]) e la decisione si fonda sulla regola più generale che colui che vuole istituire come suoi dei figli postumi deve trovarsi in condizione da poterne essere il padre. Per conseguenza una persona incapace assolutamente alla generazione non poteva istituire i suoi postumi [63]) mentre una semplice impotenza temporanea non era d'ostacolo alla validità di una tale istituzione [64]).

Parimente non si potrà considerare come contraria al buon costume e quindi inefficace l'istituzione che alcuno faccia dei figli che nasceranno a lui da una donna colla quale non è ancora sposato.

Ed è senza dubbio valida l'istituzione che un uomo celibe faccia dei figli nascituri di una donna nubile colla quale egli

---

[61]) L. 9 pr. § 1-3-4. Dig. *de lib. et post.* 28, 2.

[62]) Vedi la Glossa di Accursio *ad l. 9 § 1 D. de lib. et post.* v. « postumus » dove si annota: *ut suum*; Cuiacio ad tit. Dig. *de liberis et postumis*, h. l. Vinnio ad § 28 I. cit. n. 2; Pothier, *ad tit. Dig. de iniusto, rupto, irrito facto test.* n. VI.

[63]) L. 6 § 1 D. *de lib. et post.* « — si castratus sit, Julianus Proculi opinionem secutus non putat, postumum heredem posse instituere; quo jure utimur ».

[64]) Paolo dice ciò nel luogo stesso dove parla degli impedimenti morali al matrimonio fra il testatore e la donna i cui postumi quegli istituisce eredi. L. 9 pr. D. *de lib. et postum.* « Si quis postumos, quos per aetatem aut valetudinem habere forte non potest, heredes instituit, superius testamentum rumpitur, quod natura magis in homine generandi et consuetudo spectanda est, quam temporale vitium, aut valetudo, propter quam abducatur homo a generandi facultate ». Confr. L. 6 § 2 D. *eod.*

potrà concludere un matrimonio [65]). Anzi anche un uomo ammogliato può istituire come propri i figli che gli nasceranno da una donna, perocchè tale istituzione non contiene nulla d'immorale o di perverso e deve piuttosto considerarsi come un atto di previdenza col quale il testatore cerca di impedire tutti i possibili casi di rottura del suo testamento, ed ha lo stesso effetto di una istituzione di tutti i suoi postumi con una formula generale ma sufficientemente determinata, la quale si deve riferire anche ai figli che nasceranno al testatore da un'altra moglie futura. ULPIANO e GIAVOLENO [66]) scrivono pertanto: « Placet omnem masculum posse postumum heredem scribere [67]), sive jam maritus sit, sive nondum uxorem duxerit; nam et maritus repudiare uxorem potest, et qui non (i. e. nondum) duxit uxorem, postea maritus effici. Nam et cum maritus postumum heredem scribit, non utique is solus postumus scriptus videtur, qui ex ea, quam habet uxorem, ei natus est, vel is, qui tunc in utero est, verum is quoque, qui ex quacumque uxore nascatur » (L. 5). « Ideoque, qui postumum heredem instituit, si post testamentum factum mutavit matrimonium, is institutus videtur, qui ex posteriore matrimonio natus est » (L. 6).

---

[65]) L. 27 D. *de lib. et post.* 28, 2: « Postumum ex qualibet vidua natum sibi filium heredem instituere potest ».

Vidua è qualunque donna non maritata vedova o nubile. L. 242 § 3 Dig. *de verb. sign.* 50, 16: « Viduam non solum eam, quae aliquando nupta fuisset, sed eam quoque mulierem, quae virum non habuisset, appellari ait Labeo, quia vidua sic dicta est, quasi vecors, vetanus, qui sine corde aut sanitate esset, similiter viduam dictam esse, sine duitate ».

La sillaba *ve* o *vi* indica in generale l'assenza di una data qualità e così *vidua* è qualunque persona che sia sola, cioè senza un secondo. Confr. GELLIO, *Noctes Atticae*, V, c. 12 (sull'etimologia delle altre parole addotte qui a spiegazione), SCIPIONE GENTILE, *Origines ad Paul. librum singul.*, v. vidua nel *Thesaurus* di OTTONE, IV, p. 1365 seg.; MENAGIO, *Amoenitates iuris civilis*, c. 39 p. m.394; SCHULTING-SMALLENBURG, *Notae ad Digesta*, T. VII, § 2, pag. 793 seg.

[66]) L. 4 (ULPIANO), e L. 5 (GIAVOLENO) Dig. *de liberis et post.* 28, 2.

[67]) ULPIANO, il testo del quale è preso dal *Commentario a Sabino*, spiega qui una regola di diritto civile (Vedi GOTOFREDO, *ad lib. II. regularum Sabinianarum* (Opuscula edita a TROTZ, p. 747). Secondo il diritto civile però solo i postumi *sui* potevano essere istituiti, onde s'intendeva da sè che i testatori dovessero essere persone di sesso maschile.

Del resto s' intende da sè che qui prima di ogni altra cosa deve guardarsi alla volontà del testatore: se dalle circostanze di fatto o dalle parole usate appaia anche solo come probabile che egli abbia alluso ai soli figli nascituri prossimamente l' istituzione dovrà limitarsi a questi [68]). Una tale istituzione inoltre non deve violare nè il diritto nè il buon costume. Per ciò l' istituzione è nulla in primo luogo se il testatore non poteva per legge sposare la madre dei postumi istituiti [69]); ed è indifferente se vi sia al riguardo un divieto assoluto per la donna, come per esempio per le vestali o per le monache, oppure un divieto relativo di sposare il testatore [70]).

Un semplice divieto temporaneo non fa ostacolo salvo che le circostanze non provino che il presupposto di avere i figli da quella data donna sia contrario al buon costume. Questo è il caso quando la donna sia presentemente sposata ad altri [71]), non invece se quel presupposto si riferisce alla propria sorella adottiva, perocchè lo scioglimento della parentela derivante dall' adozione si procurava talvolta a bella posta mediante l'emancipazione al fine di rendere possibile un matrimonio tra fratello e sorella adottivi [72]), e nessuno trovava nè poteva trovare nulla d'immorale in ciò. Paolo pertanto non esita a porre questa limitazione alla regola secondo la quale non si può istituire il postumo di una donna quando *nefas sit ducere*. « Sed si per adoptionem sororem factam

---

[68]) Se pertanto la moglie del testatore sia incinta e nel testamento sia istituito il figlio nascituro, si deve ritenere che con ciò sia indicato soltanto il figlio esistente nel ventre della madre al tempo della confezione del testamento. Giustamente per ciò anche gli antichi interpreti ammettono che l'istituzione del ventre si riferisca soltanto al figlio già concepito e non a qualunque figlio futuro possa il testatore avere da quella stessa donna. Vedi Merenda, *Controversiae iuris civilis*, Lib. XV, c. 49, § 1 e gli scrittori da lui citati.

[69]) § 28 in f. I. *de legatis* 2, 20; L. 9 § 3 Dig. *de liberis et post.* 28, 2.

[70]) Vinnio, ad § 28 I. *de legatis* 2, 20.

[71]) L. 9 § 1 D. *de liberis et postumis* 28, 2.

[72]) L. 17 pr. D. *de ritu nuptiarum* 23, 1. Così avveniva anche che si emancipassero i propri figli naturali per poterne adottare le mogli. § 2 in f. I. *de nuptiis*; L. 17 § 1 D. *de ritu nupt.* 23, 1.

habeam, potero postumum ex ea heredem instituere quia adoptione soluta possum eam ducere uxorem » [73]).

Per gli stessi motivi possono anche essere istituiti i figli che nasceranno da una donna ancora minore o soggetta alla patria potestà [74]).

Deve in secondo luogo ritenersi nulla l'istituzione di postumi nati fuori di matrimonio [75]). A dir vero l'istituzione di tali postumi è nulla solo eccezionalmente; in nessun luogo è detto espressamente che i postumi nati fuori di matrimonio non possano es-

---

[73]) L. 9 § ult. D. *de lib. et post.* 28, 2.

[74]) L. 28, § 3 D. eod. (TRIFONINO, lib. XX *Disputationum*), dovеè addotto anche l'esempio seguente: « veluti si scribas hodie heredem, qui tibi ex Titia natus erit, quando Titia — minor annis viginti quinque ea (*Hal.* est), cujus pater tuus tutelam administravit, aut tutor tu ipse fuisti, postea Titia uxor justa tibi fuerit. — tempore annorum viginti quinque et utilis anni et rationum allegatione »: — parecchi editori aggiungono *reddito* e così il senso è più esatto. Questo esempio si riferisce anche al noto principio, che il già tutore o il suo figlio non possano sposare la pupilla se prima questa non sia divenuta maggiore, abbia avuto il rendimento di conti della tutela e sia passato tutto il tempo entro il quale ella avrebbe potuto ottenere la restituzione in intero contro il rendimento di conti. L. 36, L. 59, L. 60, L. 62 § 2, L. 64 Dig. *de ritu nupt.* 23, 1; e così dopo che GIUSTINIANO ha portato l'*utilis annus* della restituzione *ad un quadriennium continuum* (L. 7 Cod. *de temp. in int. rest.* 2, 52 (53) confr. MÜHLENBRUCH, *Pandette*, § 160 nota 4), non prima che la pupilla abbia compiuto il 29° anno. In simil modo si esprime PAOLO, colla sola differenza ch'esso parte, come TRIFONINO, da 25 anni e aggiunge poi un *utilis annus:* « Non est matrimonium si tutor vel curator pupillam suam, intra vigesimum et sextum annum... ducat uxorem, vel eam filio suo iungat. »

TRIFONINO però aggiunge in fine l'osservazione generale: « Et generaliter nato post testamentum herede scripto aditus est ad hereditatem, in qualicunque statu testamenti faciendi tempore fuit, quae postea testatori civiliter nupta est, » vale a dire, nulla importa la condizione giuridica della futura sposa al tempo della fazione del testamento se essa sia divenuta solo in seguito legittima moglie del testatore. Confr. CUIACIO, *ad h. l.* Opera, I, 1070, ediz. Napoli.

[75]) Già la GLOSSA di ACCURSIO intende la regola della L. 27 D. *de lib. et post.* 28, 2: « postumum ex qualibet vidua natum sibi filium heredem instituere potest », come riferentesi a un postumo nato da matrimonio.

sere istituiti in un testamento. Ma il presupposto che siano per nascere figli da una unione illecita o quanto meno immorale fa sì che tale istituzione debba ritenersi impossibile [76]). Si aggiunga che quasi ovunque si tratti dell'istituzione dei propri postumi si allude anche sempre ad una unione matrimoniale presente o futura dei genitori [77]). Per quest' ultima ragione anche l' istituzione di figli futuri di una concubina si deve ritenere nulla già per diritto romano; oggi poi deve indubbiamente ritenersi come illecita qualunque unione che non possa valere come matrimonio.

La possibilità di istituire figli non ancor nati costituisce una duplice deviazione dall'antico diritto: in primo luogo pel fatto che si attribuisce così la capacità di succedere per testamento ad un nascituro al modo stesso che ad un già nato, in secondo luogo perchè il postumo non è neppure un concepito al tempo della confezione del testamento. La prima deviazione era giustificata dal principio *conceptus quodammodo in rerum natura esse videtur*, vale a dire che il nascituro è considerato nei rapporti patrimoniali come capace di diritto benchè questa capacità sia condizionata ed acquisti validità ed effetto soltanto per la esistenza effettiva dell'uomo. La seconda deviazione invece contiene anche una violazione del principio che la capacità testamentaria deve esistere al tempo della confezione del testamento (vedi § 1437). Al tempo dei giureconsulti classici la capacità testamentaria dei postumi si limitava per diritto civile ai soli postumi *sui*, e bisognava inoltre che fosse espressamente indicata questa qualità del postumo, per la quale in caso di preterizione era da temere la rottura del te-

---

[76]) Anche qui si può dire con PAOLO (L. 9 § 1 D. *de lib. et post.* 28, 2), *quod turpis sit institutio*. I negozi giuridici compiuti con riguardo a una unione non propriamente punibile, ma immorale, come quella con una *meretrix publica*, non valgono perchè essi urtano, come l' unione stessa, contro il buon costume (L. 21 § 11 Dig. *de receptis* 4, 8, L. 11 § 12 Dig. *mandati* 17, 1), perchè « non omne quod licet honestum est ». L. 144 pr. Dig, *de regulis iuris* 50, 17. GOTOFREDO, *ad h. l.* Opuscula p. 1005 seg.

[77]) L. 4, 5, 9, 28 § 3 Dig. *de lib. et post.* 28, 2. Vedi pag. 508 seg. del precedente volume.

stamento, qualità che costituiva la condizione della validità dell'istituzione [78]). La concessione di una simile estensione era fondata sulla ragione stessa dalla quale derivò la regola della possibilità d'istituire i non ancor nati; se lo scopo d'impedire la rottura del testamento voleva raggiungersi pienamente, bisognava ammettere anche l'istituzione dei postumi non ancor concepiti [78 a]). Ma, come andarono le cose a riguardo dei postumi alieni? Secondo il diritto pretorio l'istituzione di questi era valida; solo però per quei postumi alieni che avrebbero potuto impugnare il testamento mediante la querela di inofficioso o la *bonorum possessio contra tabulas* vi era identità di ragione per ammettere la loro istituzione come quella dei *sui*, e in particolare per ciò che riguarda gli ultimi si deve ammettere senza esitanza che essi dovessero essere istituiti alla pari dei *sui* sotto la condizione di loro futura esisténza, perchè il pretore parifica del tutto i proprii eredi necessari ai *sui* mediante la finzione che esista il rapporto di patria potestà [79]). Riguardo agli altri postumi si potrebbe essere disposti a credere che solo quelli già concepiti al tempo della confezione del testamento fossero capaci di essere istituiti perocchè le eccezioni ai principii generali del diritto devono ammettersi solo quando possano dimostrarsi con sicurezza e il principio *conceptus in rerum natura esse videtur* conduce appunto a dichiarare incapaci i

---

[78]) Vedi sopra pag. 417 dove è notato che l'istituzione di un postumo non ancora esistente non è altra cosa che l'istituzione di un subietto non ancor capace, sotto la condizione che egli divenga in seguito capace e cominci ad essere un *suus* del testatore.

[78a]) Antonio Fabro sostiene che anche il *postumus suus* avrebbe dovuto essere già concepito al tempo della fazione del testamento (*Coniecturae iuris civilis* lib. IX, c. 1). Ma a quest'opinione contrasta la stessa formula Aquiliana secondo la quale è da guardare soltanto se il postumo del figlio sia nato entro il *legitimum tempus*. L. 29 pr. Dig. *de liberis et post.* 28, 2. Ma ciò appare ancora più chiaramente dai testi che permettono l'istituzione di un figlio che dovrà nascere dalla futura sposa. — L. 4, L. 5 D. eod. Confronta Fenestres, *Diatriba de postumis heredibus instituendis vel exheredandis*, cap. II § 9, *Praelectiones Cervarienses*, p. 179.

[79]) L. 6, § 1 D. *de bon. poss.* 37, 1 Confr. L. 4 § 2 D. *de bon. poss. contra tab.* 37, 4. Vedi pag. 651 del Volume precedente.

non ancora concepiti [80]). Una tale limitazione però equivarrebbe a sopprimere il principio stesso di diritto perchè una sicura applicazione di esso sarebbe in molti casi impossibile per la difficoltà della prova. Inoltre col carattere del diritto pretorio, sul quale pure si fondava la validità delle istituzioni dei postumi alieni, non sarebbe conciliabile il fatto che, per esempio, se alcuno avesse istituito i figli presenti e futuri del proprio amico, fossero poi esclusi soltanto quelli che al tempo della confezione del testamento non erano ancora concepiti. Un tale risultato contradice anche a tutti i principii sulla applicazione ed estensione degli istituti di diritto civile per parte del pretore ed in generale delle nuove fonti del diritto. Quando pertanto noi leggiamo che l'istituzione dei postumi alieni è divenuta possibile non pel diritto civile, ma pel diritto pretorio senza che sia accennato alcun limite, dabbiamo ammettere che il pretore abbia riconosciuto questo diritto per i postumi alieni così completamente come il diritto civile lo riconosceva ai postumi *sui* [81]). Da quanto GIUSTINIANO dice sulla costituzione *de incertis personis* non si può riconoscere con sicurezza se questa contenesse una dispozizione precisa in argomento, certo è però che essa conferma il nostro concetto piuttosto che contraddirlo. Ma è tempo che diciamo qualche cosa su questa costituzione.

Questa importante legge non si trova nei manoscritti del diritto giustinianeo e solo per opera del CONTE se ne ha un magro riassunto come *lex restituta* nelle edizioni del codice. Il CONTE la interpola dopo il 47 Titolo del lib. VI come l. un. cod. *de incertis personis* 6, 48 [82]). Non vi ha dubbio che essa fosse scritta

[80]) Sembra che questa sia anche l'opinione del TILLING, Dig. II, pag. 95-99.

[81]) Si potrebbe invocare per ciò anche la possibilità già esistente secondo il diritto classico delle Pandette, di lasciar legati ai cognati futuri (L. 32 § 6 Dig. *de legatis* II, 31). Ma questi argomenti avrebbero qui un valore molto limitato, perchè non si può in generale argomentare dai legati alle istituzioni d'erede, nè in particolare dalle disposizioni testamentarie a favore di parenti alle disposizioni a favore di estranei. Vedi quanto fu già detto sopra.

[82]) Confr. STRAUCH, *Disp. de personis incertis*, cap. 1; RAU, *de personis incertis*, § 8, pag. 44 seg.; REITZ, *ad Theophilum*, § 27 I. *de legatis*, p. 463

in lingua greca perchè sebbene i *paratitla* dello PSEUDO BALSAMONE [83]) riferiscano in due testi la parola iniziale della costituzione in latino, una volta con *incertis*, un'altra con *certus* [84]), vi sono tuttavia argomenti prevalenti per ritenere che essa fosse scritta in greco. E questi sono in primo luogo l'attestazione di parecchi manoscritti che la costituzione perduta fosse scritta in greco [85]), secondariamente il fatto che la omissione nei manoscritti di una

---

nota *u*; ma specialmente WITTE, *Die leges restituae* (Le *leges restituae* del Cod. di Giustiniano), Breslavia, 1830, pag. 71 pag. 200-202; BIENER, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica), Vol. VII, pag. 178 seg. 310 seg. Le così dette restitnzioni delle varie edizioni non sono nè uguali fra loro, nè complete, vale a dire nessuna di esse utilizza tutto il materiale esistente, per quanto questo sia scarso.

[83]) Sotto questo titolo va la raccolta di un autore ignoto, la quale contiene il più spesso soltanto estratti delle costituzioni riguardanti il diritto della Chiesa, e che erroneamente si è attribuita a TEODORO BALSAMONE, *il commentatore del Nomocanone* di FOZIO. Dai *paratitla* aggiunti di solito ai titoli il LEUNCLAVIO, che ha per primo pubblicato la raccolta in una traduzione latina (Francoforte 1593), ha dato il nome all'intera opera. — Maggiori notizie su questa raccolta, edita per la prima volta in greco dal FABROT e stampata nel Vol. II della *Bibl. iuris canonici* di VOELL e IUSTELL, vedi in BIENER, *Geschichte der Novellen Iustinians* (Storia delle Novelle di Giustiniano), pag. 179 - 194 e in WITTE, *loc. cit.*, pag. 24-30.

[84]) In VOELL, p. 1251, 1270. Dal fatto che le prime parole di una costituzione sian riferite nei *paratitla* in latino si argomenta di solito che la costituzione fosse latina. Così anche il BIENER, *Geschichte der Novellen* (Storia delle Novelle), pag. 181 seg. Per questo motivo anche lo STRAUCH, *Diss.* cit. cap. 1 § 4, ritiene che la costituzione fosse scritta in latino. Del resto il LEUNCLAVIO, *Notationes ad libros Codicis* n. LIII, nel *Thesaurus* di OTTONE, III, pag. 1488, sostiene che secondo i *paratitla* doveano esservi due diverse costituzioni *de incertis personis*, una delle quali avrebbe cominciato colle parole *si quando*. Ma già lo STRAUCH, *loc. cit.* cap. 1 § 3, ha dimostrato qual sia l'origine dell'errore che sta a base di questa affermazione. Confr. anche WITTE, *loc. cit.*, pag. 202, BIENER, *Zeitschrift* (Rivista di giurisprudenza storica), Vol. VII, pag. 311.

[85]) CUIACIO, *Notae ad Inst. tit. de legatis*, § 27, annota alle parole: « *cum in nostro codice constitutio posita est* » che questa costituzione stava sotto la rubrica *de incertis personis* prima del titolo *ad Senatus consultum Trebellianum* e che in un antichissimo manoscritto del Codice si trova questa annotazione: « Iste titulus unam constitutionem habet

legge così importante per la pratica non si spiegherebbe se essa fosse stata scritta in latino [86]). La costituzione non si trova completa in nessun luogo, noi ne conosciamo soltanto degli estratti e dei riferimenti [87]) dalle opere seguenti: I.° da due testi dei così detti *paratitla* e dal *Nomocanon* di Fozio [88]). In ambedue i luoghi si trovano disposizioni riguardanti la capacità delle persone giuridiche e in particolare delle chiese e delle corporazioni a queste affini. Il contenuto di questi estratti sarà esaminato da vicino più oltre. II.° dalle Istituzioni di Giustiniano [89]) le quali si riferiscono, è vero, al contenuto complessivo della costituzione, ma contengono solo qualche particolare sul modo di riconoscere la incertezza della persona e sopra i postumi. III.° Da uno scolio dei Basilici [90]) il quale si riferisce alla disposizione riguardante i postumi e ci dà la notizia che l'imperatore risolse in senso affermativo la questione se potesse lasciarsi per testamento la libertà al postumo di una schiava [91]). Per il punto che qui c'interessa hanno importanza soltanto le notizie dateci dalle Istituzioni. Esse furono esaminate già sopra, ma occorre che qui ne ripetiamo brevemente il contenuto mettendolo in relazione con alcuni punti

---

Iustiniani totam graecam, quae tenet folia octo, id est quaternionem unum ». Vedi anche la nota alla *l. un.* Cod. *de incertis personis* nell'edizione di Gottinga.

[86]) Vedi Witte, *loc. cit.*, pag. 202, col quale concorda Biener, *loc. cit.* pag. 311.

[87]) Che essa sia stata di una notevole estensione risulta già dall'annotazione del manoscritto citato da Cuiacio (vedi nota 85). Inoltre ciò è attestato espressamente da Fozio nel *Nomocanone*, Lib. XII, c. 9. Le parole che vi si riferiscono sono riprodotte dallo Strauch, *loc. cit.* § 2, dal Witte, *loc. cit.*, pag. 201 e dallo Schrader, *ad Inst.* § 27, 28 *de legatis*.

[88]) Riprodotti da A. Augustinus, *Constitutionum graecarum Codicis Iustiniani collectio et interpretatio*, lib. VI, tit. 48, *Opera omnia*, Lucae 1766 pag. 225 seg.

[89]) § 25-28 I. *de legatis* 2, 20. *Pr. Inst. de bon. poss.* 3, 9.

[90]) Schol. 9, di Teodoro, ad lib. XLVIII *de fid. libertat.* (Fabrot, T. VI, pag. 506 seg.). Confr. Biener, *Zeitschrift* (Rivista di giur. storica) VII, p. 310.

[91]) Lo Scolio contiene le stesse parole della costituzione, come esso dice espressamente e come appare dalla sua stessa formulazione generale.

non ancora toccati. L'imperatore dice che una persona incerta non poteva in origine ricever nulla per testamento, ma ciò fu mutato poi dalla costituzione *de incertis personis*.

« Sed nec hujusmodi species penitus est sine justa emendatione relicta, quum in nostro codice constitutio posita est, per quam et huic parti medemur non solum in hereditatibus, sed etiam in legatis et fideicommissis quod evidenter ex ipsius constitutionis lectione clarescit. Tutor autem nec per nostram constitutionem incertus dari debet, quia certo judicio debet quis pro tutela suae posteritati cavere » [92]).

La parola *penitus* sembra giustificare la conclusione che il mutamento dell'antico diritto non sia stato completo riguardo ai postumi alieni, poichè nel testo precedente si parla solo di questi. Ma che cosa rimase di immutato? L'istituzione dei postumi alieni era già da lungo tempo valida per diritto pretorio, probabilmente eran validi anche i legati in forma libera, astraendo qui dalle dispute circa le concessioni di libertà, e se qualche cosa era ancora da aggiungere ciò avvenne per opera della costituzione, la quale dichiarò validi anche i legati nel senso rigoroso del diritto antico (*legata*). Si potrebbe per ciò pensare forse ad un postumo non ancor concepito al tempo della confezione del testamento e ammettere che in questo riguardo il diritto antico fosse rimasto immutato. Ma prima bisognerebbe avere accertato che interiormente alla costituzione si attribuisse una qualche importanza alla differenza fra postumo concepito e non concepito; la dichiarazione dell'imperatore di non avere lasciato del tutto immutato l'antico diritto non prova nulla in questo senso. Tutta la trattazione sul diritto testamentario delle *incertae personae* è in generale così arruffata che non si deve dare alcuna speciale importanza ad una espressione indeterminata come quella in discorso [93]). L'insieme del testo però porta al risultato qui difeso. Innanzi tutto è espressa

---

[92]) § 27 I. *de legatis* 2, 20.

[93]) TEOFILO si esprime a questo punto come se la costituzione avesse abrogato completamente l'antica regola (§ 27 cit.), ciò che non è credibile. SCHRADER, *notae ad Inst. h. l.*

in esso l'antica regola di diritto e il concetto di *incerta persona* (*quam incerta opinione animo suo testator subiiciebat*) è spiegato coi due esempi « *quicumque filio meo in matrimonio filiam dederit* », e « *qui post testamentum scriptum primi consules, designati erunt,* » senza che su questi, nè su alcuni altri casi pure enunciati [94]), si trovi una decisione.

L'imperatore osserva in seguito che già secondo l'antico diritto si poteva lasciare un legato ad una *incerta persona sub certa demonstratione* (per es. *ex cognatis meis, qui nunc sunt, si quis filiam meam uxorem duxerit, ei heres meus iilam rem dato*), e che i legati attribuiti a una *incerta persona* non potevano più revocarsi, viene poi a parlare dell'antica invalidità dei legati ordinati per un postumo alieno, cui segue la dichiarazione del § 27 « *sed nec huiusmodi species penitus est sine emendatione relicta* » salvo pel caso di nomina di un tutore incerto, e finalmente (§ 28) è detto che un postumo alieno può esser nominato tanto per l'antico diritto pretorio, quanto pel nuovo « *nisi in utero eius sit, quae iure nostro uxor esse non potest* ». La prima eccezione non può naturalmente riferirsi a un postumo, essa esprime soltanto la necessità di una designazione o indicazione individuale del tutore testamentario, la seconda invece si riferisce esclusivamente al postumo, benchè non soltanto al postumo alieno. Vedi pag. 575. Da ciò si vede che GIUSTINIANO ha dell'*incerta persona* un concetto così largo da intender per essa un subietto la cui determinazione individuale dipende da un avvenimento futuro ed incerto in guisa che il concetto abbraccia tanto i postumi quanto gl'istituiti la cui incertezza ha il suo fondamento nel modo della disposizione). In ambedue i riguardi, e così per tutti e due i casi, deve ritenersi abrogata la vecchia regola. Da ciò segue che la circostanza se il subietto designato esistesse o no al momento della confezione del testamento è del tutto indifferente per la validità della disposizione.

---

[94]) § 25 I. *de legat.* 2, 20: « et denique multae aliae huiusmodi species sunt. Libertas quoque non videbatur posse incertae personae dari, quia placebat nominatim servos liberari; tutor quoque certus dari debebat ».

Un' altra questione però è quella se possa valere l'istituzione di un postumo non ancora concepito al momento della morte del testatore. Secondo me la questione deve risolversi in modo negativo almeno pel caso di successione immediata al testatore. La legge delle XII Tavole, secondo la testimonianza dei giureconsulti romani chiamava alla successione soltanto colui che già vivesse al tempo della morte del testatore [95]). Chi è anche soltanto concepito, si disse, è già esistente [96]), ma chi al tempo della morte di alcuno non è ancora concepito non può neppure succedere come parente di quello [97]) perchè egli non è mai divenuto parente [98]), e questa regola fondamentale della successione legittima è ripetuta insistentemente ogni qualvolta si parla di ciò [99]). Il medesimo principio è riconosciuto poi per la successione testamentaria. L. 3 D. *de bon. poss. sec. tab.* (XXXVII, 11):

---

[95]) Già sopra fu dimostrato che difficilmente potè trovarsi una disposizione diretta sull'argomento nelle dodici tavole.

[96]) L. 26 D. *de statu hom.* L. 7 D. *de suis et legit.* (XXXVIII, 16).

[97]) L. 6 D. *de suis et legitim.* (*Julianus*) — « qui post mortem avi sui concipitur, is *neque legitimam hereditatem ejus tamquam suus heres, neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest* ».

[98]) « Quia nullo iure cognationis patris sui patrem tetigit », dice il § 8 I. *de her. quae ab int. def.* 3, 1, riferendosi al diritto di successione di un nipote nato soltanto dopo la morte dell'avo. Ed è solo una diversa forma dello stesso pensiero la seguente espressione di Giuliano: « Nam quod in consuetudine nepotes cognati appellantur etiam eorum, post quorum mortem concepti sunt, *non proprie*, sed per abusionem — — — accidit »; L. 8 pr. D. *de suis et legit.*

[99]) L. 6 pr. in f. D. *de inj. rupto irr. f. test.* (XXVIII, 3). — « Sed haec ita, si mortis avi tempore in utero nepos fuit; ceterum si postea conceptus est, Marcellus scribit, neque ut suum, neque ut nepotem *aut cognatum* ad hereditatem vel ad bonorum possessionem posse admitti » — L. ult. D. *de ventre in possession. mitt.* XXXVII, 9. « Postumus natus quocumque tempore, *qui tamen testatoris morte conceptus jam erit*, potest agnoscere bonorum possessionem ». — Contro la necessità di questo requisito nel diritto giustinianeo si pronunciano vari scrittori. Così il Voet, *ad Pandectas* lib. 38, tit. 16 § 6, pel motivo che l'imperatore non distingue più nella Nov. 118 tra figli concepiti e non concepiti. Ma la Novella non contiene alcuna disposizione generica sulla capacità giuridica dei chiamati alla successione, lasciando che questa sia decisa dai principii generali di diritto. — Anche meno valido è l'argomento addotto

« Verum est, omnem postumum, qui moriente testatore in utero fuerit, si natus sit, bonorum possessionem potere posse ».

PAOLO dichiara che qualunque postumo, quindi anche il postumo alieno, può essere validamente istituito erede purchè egli sia già stato concepito durante la vita del testatore [100]). Dalla formula di istituzione di AQUILIO GALLO appare anche che l'istituzione dei postumi *sui* non poteva valere altrimenti che se il postumo fosse già concepito durante la vita del testatore:

« Si filius meus vivo me morietur, tunc, si quis mihi ex eo nepos, sive quae neptis post mortem meam in decem mensibus proximis, quibus filius meus moreretur, natus, nata erit, heredes sunto » [1]).

Qui dunque si ammette che il figlio fosse morto prima del testatore e così il nipote fosse già concepito durante la vita di lui, e in ogni estensione data all'istituzione dei postumi non si troverebbe un testo nel quale fosse ammessa la possibilità dell'istituzione di postumi concepiti dopo la morte del testatore. Le applicazioni della formula aquiliana ai pronipoti provano anche con quanto rigore si curasse che l'espressione non fosse fraintesa, nè si applicasse a postumi concepiti dopo la morte del te-

---

dal GRIESINGER, *Geschichte und Neue Theorie der Societat* (Storia e nuova teoria della società), Stuttgart, 1807, § 70 pag. 293, nota *f.*, e accettato anche dal GLÜCK, *Successione intestata* § 153 pag. 584 seg. 2ª edizione, che GIUSTINIANO regoló la successione intestata non secondo il principio della potestà patria, ma secondo quello della cognazione e della parentela del sangue. Su questa stessa base già il pretore avea ordinato il suo sistema successorio e appunto con riguardo al diritto pretorio è espresso molto nettamente il principio in discorso nella L. ult. Dig. *de ventre in poss. mittendo* 37, 9. Non può dunque dubitarsi che GIUSTINIANO non toccò affatto colla Nov. 118 la regola dell'antico diritto che colui che non esiste non possa avere diritti di cognato. Onde ammettono che la regola sia ancora in vigore nel diritto nuovo, fra gli altri VINNIO, ad § 8 I. *de succ. quae ab int. def.* THIBAUT, *Pandette*, § 856, 8ª ediz. SCHWEPPE, *Das Rœm. Privatrecht* (Il diritto privato romano nella sua applicazione attuale) § 827, nota 6, ultima edizione.

[100]) Vedi CUIACIO, *Ad Paulli lib. 41 ad edictum.*

[1]) L. 29 pr. Dig. *de lib. et post.* 28, 2.

statore [2]). In una parola, come a riguardo della successione intestata si diceva che il non concepito non può ereditare perchè non è stato mai parente del defunto, parimente si tenne sempre fermo nella successione testamentaria il principio che chi vuole ereditare da alcuno deve essergli sopravvissuto. Si considerava poi come un essere vivente il figlio nel ventre materno, ma non già qualunque individuo potesse in seguito venire ad esistere.

La costituzione di GIUSTINIANO non può avere avuto alcuna influenza su questo risultato, perchè già al tempo della compilazione delle Istituzioni e delle Pandette quella costituzione esisteva, come è provato dalla menzione che più volte se ne fa nelle Istituzioni, e tuttavia il requisito della concezione alla morte del testatore è accolto come regola costante; e tutte le eccezioni alla regola, per ciò che avea riguardo alla successione universale, non permettevano mai che alcuno potesse succedere se non avesse esistito al tempo della morte del testatore almeno come embrione. Quando pertanto l'imperatore abolì la regola egli non fece che ampliare il campo delle eccezioni già esistenti, in altre parole non fu collo stabilirsi della nuova regola distrutto il principio fondamentale su cui riposavano le antiche eccezioni.

Tuttavia noi non possiamo passare sotto silenzio due casi i quali sembrano costituire eccezioni alla regola fondamentale della necessità dell'esistenza dell'erede, almeno come embrione, al tempo della morte del testatore. Il primo di questi casi è contenuto nell' XI Libro dei Responsi di PAOLO: « Paulus respondit, nepotem etiam post mortem avi conceptum, superstitem liberto, bonorum possessionem contra tabulas liberti aviti petere posse, et ad hereditatem legitimam ejus admitti; responsum enim Iuliani tantum

---

[2]) L. 29 § 2, 3 D. *eod.* Vedansi a pag. 449 del volume precedente gli argomenti a sostegno di questa opinione, secondo la quale per i giureconsulti romani bisognava sopra tutto stare attaccati alla formula e quindi, per esempio, l'istituzione « se dopo la mia morte mi nascerà ancora un discendente » non avrebbe potuto esser ritenuta valida incondizionatamente.

ad hereditatem legitimam (sc. *avi*) item bonorum possessionem avi petendam pertinere » [3]).

Sotto il responso di PAOLO è qui espressa una regola, che egli ha dato in occasione di una controversia, come una verità generale di diritto: « qui post mortem avi sui concipitur, is neque legitimam hereditatem ejus tamquam suus heres, neque bonorum possessionem tamquam cognatus accipere potest » [4]).

Questo principio, dice PAOLO, non si applica al caso del nipote il quale pretenda l'eredità del liberto del proprio avo e sia stato concepito dopo la morte di questo. Che questo insegnamento abbia sollevato parecchi dubbi o sia stato per lo meno oggetto di discussioni appare dal nostro testo, ma PAOLO doveva secondo i noti principii del diritto rispondere in questo modo perchè la legge chiamava all'eredità del liberto i discendenti prossimi del manomissore quando questo non esisteva più [5]) e questo diritto non dipendeva affatto dall'essere divenuti eredi del proprio ascendente [6]). Conseguentemente l'esistenza dei discendenti del patrono si richiedeva soltanto alla morte del liberto, non a quella del patrono; qui non si aveva dunque alcuna eccezione al principio che colui il quale vuole ereditare deve esistere al tempo della morte del testatore [7]).

---

[3]) L. 47 § 3 D. *de bonis libertorum* (XXXVIII, 3).

[4]) L. 6 D. *de suis et legitim. heredib.* (XXXVIII, 2).— A. SCHULTING, *Notae ad Dig.* (Tom. VI, p. 102).

[5]) Secondo la testimonianza di TEOFILO, *Parafrasi*, *tit. de legitima patronorum tutela*, vi sarebbe stata su ciò una disposizione precisa nelle XII Tavole, che TEOFILO riferisce testualmente. Vedi però DIRKSEN, *Uebersicht der bisherigen Versuche zur Kritik*, ecc. (Rivista dei tentativi fin qui fatti di critica e ricostruzione dei frammenti delle XII tavole), pag. 382-88.

[6]) Il patrono poteva escludere un discendente dalla successione del suo liberto, anzi questa esclusione si sottintendeva di regola quando il discendente era diseredato; però essa doveva essere una *exheredatio notae causa*, non bastava dunque una diseredazione *bona mente*, e anche in quel primo caso poteva esser riservato al discendente diseredato il diritto di successione come patrono. L. 40, L. 47 pr. Dig. *de bonis libert.* Confr. L. 1 § 5, L. 3 pr. § 1 Dig. *de assign. libertis* 38, 4.

[7]) A. SCHULTING ad *Ulpiani* Fragm. Tit. XXVI, § 3 nota 17, p. 666 seg. R. J. POTHIER, *Pandectae Iustin. ad Tit. de bonis libertor.* Nr. XIV, Not. d., p. 615.

Un'altra eccezione trovano alcuni nella esistenza riconosciuta dei fedecommessi di famiglia, nei quali, come è noto, non si richiede che i membri della famiglia del testatore chiamati alla successione siano già concepiti alla morte di questo [s]). Ma ciò è inesatto; la regola che soltanto un essere esistente almeno come embrione al tempo della morte del testatore può essere ammesso alla successione si riferisce soltanto ai casi di successione immediata nei diritti e negli obblighi del defunto; e ne è così limitata necessariamente l'applicazione. A dir vero in origine non si poteva lasciare ad un postumo neppure un legato, ma ciò dipendeva dal principio della incapacità della persona incerta, di quell'essere cioè la cui esistenza è incerta. E se anche l'esistenza fisica costituiva il fondamento di ogni acquisto di diritto, da ciò non seguiva che chiunque volesse acquistare qualche cosa dalla successione di un defunto dovesse già avere avuto esistenza durante la vita di lui. Se noi troviamo espressa questa necessità a riguardo della eredità vera e propria la ragione non può essere che il fatto che l'erede continua la personalità del defunto nei suoi rapporti patrimoniali e lo rappresenta, onde il riguardo all'ordine giuridico richiede che quando il primo perde la vita quello che deve succedergli nella sua personalità patrimoniale esista almeno quanto occorre per poter rivestire quella rappresentanza. Così il requisito della necessità della concezione al tempo della morte del testatore è qui coerente e non privo di significato, riguardo alla successione mediata apparirebbe invece come cosa arbitraria e priva di scopo. Se vi è un erede immediato il patrimonio ha un rappresentante presso il quale rimane tutto ciò che il legatario non può ottenere finchè non sopraggiunga questa possibilità: non vi è dunque in tal caso alcuna lacuna, per quanto possa restare lungamente in sospeso la realizzazione del legato e per quanto possa essere incerto se il legatario verrà al mondo. Così si spiega perchè soltanto quelle eccezioni alla regola dell'incapacità delle

---

[s]) Arg. L. 32 § 6 in f. Dig. *de legatis* II, 31, L. 77 § 27 eod. Questa è ritenuta una vera eccezione alla regola dal De Retes, *De fideicommissis perpetuo familiae relictis*, C. 1 § *n*, in Meermann, *Thesaurus* VII, p. 626.

persone incerte che riguardano la successione universale siano ancora soggette alla condizione che il successore fosse già concepito durante la vita del testatore.

Per la successione ereditaria immediata, testamentaria o legittima, vale dunque anche nel diritto giustinianeo la regola che chi non è concepito al tempo della morte del testatore non può esserne l'erede, non essendo tale regola stata abolita dalla costituzione *de incertis personis*, ma seguitando ad essere in vigore accanto a questa [9]). Certo non può negarsi che tutto qui si riannoda ad un dogma, quello che chi non è ancora stato concepito non può essere considerato come un essere capace di diritti e per cui l'erede immediato deve essere almeno concepito al tempo della morte del testatore. Ma vi sono anche ragioni più essenziali a

---

[9]) Altro argomento contrario alla permanenza della regola nel diritto Giustinianeo diverso dal richiamo alla costituzione de *incertis personis*, io non conosco. Vedi ELVERS, *Theoretische practische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit* ecc. (Questioni teorico-pratiche sulla dottrina della capacità di succedere per testamento, in ispecie delle persone giuridiche), Gottinga 1827, pubblicato in occasione della lite per l'eredità STAEDEL, pag. 104 seg. WENCK, *Beitrag zur rechtlichen Beurtheilung des Städelschen Beerbungsfalls* (Contributo alla soluzione giuridica del caso dell'eredità Staedel), Lipsia, 1828, § 4, pag. 31. Anche questo scrittore sembra però ammettere molti limiti, perchè a pag. 30 dice: « Io concedo anche che nella successione testamentaria sia necessaria l'esistenza e che in generale debbano porsi all' arbitrio del testatore certi limiti, determinabili però non con regole generali, ma solo mediante l'*arbitrium iudicis*, quando quell' arbitrio tenda a produrre dei risultati ridicoli e a togliere per troppo lungo tempo l'eredità alla libera disposizione ». Il WENCK però non ha certamente voluto fare una trattazione completa della questione, nè tale trattazione, per quanto io abbia ricercato, ho trovato fatta da alcuno, di maniera che io inclino a credere che la questione sia stata considerata soltanto in occasione di singoli casi particolari e il poco che si trova stampato su di essa, astrazione fatta dalla menzione compendiosa del principio che troviamo quasi in tutti i trattati, è disperso fra i casi giuridici e le deduzioni pratiche. Un caso della specie si trova anche in M. GUGLIELMO GOETZ, *Rechtliche Entscheidungen der Altdorfer Iuristen Facultät* (Decisioni giuridiche della facoltà giuridica di Altdorf), Norimberga 1808, n. XV, pag. 201-33. Non mi è riuscito di avere questo libro, ma il modo come si esprime il GLÜCK (*Successioni intestate*, 2a ediz., § 153, n. 4, pag. 586 nota 41) intorno a quella

fondamento della nostra regola [10]). Un qualche limite in fatto è pur necessario, altrimenti rimarrebbe incerto per secoli se alcuno avrà un erede e chi sarà l'erede [11]). Nel diritto romano il limite è la morte del testatore, l'attaccamento rigoroso al quale anche pei tempi di GIUSTINIANO, ci è provato dalla applicazione al seguente caso di successione legittima. Alcuno disereda il proprio figlio legittimamente e istituisce un estraneo. Dopo la morte del testatore il figlio diseredato genera un figlio e muore prima che l'erede istituito abbia dichiarato se accetta; quest'ultimo poi rinuncia all'eredità e si apre la successione intestata; il nipote viene tuttavia escluso da questa perchè alla morte dell'avo egli non era ancora concepito [12]). Qui può sembrare che la conseguenza si sia spinta troppo in là, ma non si può certo ammettere che nella successione testamentaria, la quale pure è sì spesso ordinata a favore di persone estranee, si siano seguìti principii meno rigorosi. Anche in questa vi sono casi dove la conseguenza sembra altrettanto incomoda e l'ammis-

---

decisione mostra chiaramente che essa si fondò sulla *constitutio de incertis personis*. Vi è detto: « Anche alla successione testamentaria dei parenti possono essere ammesse per la volontà del testatore persone, che al tempo della morte di lui non siano ancor generate, ma siano i discendenti istituiti di un parente collaterale, e ciò tanto più sicuramente in quanto nel diritto nuovo la istituzione di persone incerte e dei postumi alieni non è più soggetta ad alcun dubbio, come è stato ampiamente dimostrato in occasione di un famoso caso giuridico. — GOETZ, *Rechtliche Entscheidungen* (Decisioni giuridiche della facoltà di Altdorf). »

[10]) Ciò è riconosciuto anche dal WENCK (vedi nota precedente) il quale per ciò vuol limitare anche nei casi di questa specie l'arbitrio del testatore coll'arbitrio del giudice. In contrario si pronuncia FED. AUGUSTO NORTHOFF, *Die Gültigheit des Erbeseinsetzung* ecc. (La validità dell'istituzione d'erede di una fondazione da istituirsi), Gottinga 1833, pag. 126.

[11]) Il NORTHOFF loc. cit. dice molto giustamente: « Dove si andrebbe se il non ancora concepito al momento della morte potesse ereditare? Quale momento della generazione si dovrebbe allora prender per punto di partenza...? »

[12]) § 8 I. *de her. quæ ab int. def.* 3, 1. L'opinione che qui si parli soltanto del nascere della *suitas* si confuta facilmente colle parole finali del testo, le quali dicono: « Hi autem (cioè il nipote e l'adottato del figlio emancipato, già sopra menzionati) cum non sint quantum ad hereditatem liberi, neque bonorum possessionem petere possunt quasi proximi cognati ».

sione del non ancor concepito sembrerebbe altrettanto equa quanto nel caso precedente. Suppongasi, per esempio, che alcuno istituisca eredi i figli del proprio amico, nati o non nati, e che dopo la morte del testatore l' amico abbia ancora dei figli; questi però saranno esclusi dai figli già nati o almeno concepiti al tempo della delazione dell'eredità. Ciò è senza dubbio contrario alla volontà del testatore, nè qui potrebbe parlarsi di inconvenienti pel caso che si ammettessero anche i figli concepiti dopo la morte. Ma come si può conciliare ciò che l'equità e la volontà del testatore richiedono colla sicurezza dell'ordine giuridico? Se il legislatore modifica il principio rigoroso, egli ha senza dubbio dinnanzi agli occhi nel far ciò alcuni singoli casi in vista dei quali egli stabilisce la nuova regola, ma questa poi non si adatterà agli altri casi della varietà della vita pei quali l' equità vorrebbe appunto il contrario. Lasciare, come propone il WENCK, la cosa all' arbitrio del giudice è un procedimento assai poco sicuro. In taluni casi il giudice non dubiterà che possa, senza danno per l'ordine giuridico e per la certezza necessaria circa la persona dell'erede, ammettersi la successione di un erede non ancora concepito alla morte del testatore, e in taluni altri non dubiterà all'opposto che la realizzazione della disposizione di ultima volontà sia inconciliabile con questi; ma vi son sempre i casi medii nei quali ciò non può determinarsi con sicurezza, pel medesimo motivo pel quale non riesce facile al legislatore di stabilire un principio sicuro secondo il quale modificare il requisito della concezione al tempo della morte del testatore [13]).

Aggiungasi che al testatore è dato un mezzo assai semplice per realizzare la sua volontà senza urtare contro il principio della legge, e cioè istituire i non ancor concepiti come eredi fedecommessarii. È possibile che egli, ignaro del diritto o mal consigliato, ciò non faccia, ma questa non è colpa del diritto positivo più di quello che la eventuale nullità di un testamento per difetto di forma. Per completare la trattazione bisogna però che ci occupiamo della questione se l'istituzione di tutti i postumi non sarebbe giustifi-

---

[13]) Confr. anche su ciò NORTHOFF, loc. cit. pag. 120.

cabile, non ostante i suoi inconvenienti, in altro modo. Abbiamo già sopra dimostrato come si possa istituire erede un incapace per il caso che divenga capace [14]). Questo sembra potersi ammettere anche per i postumi tanto più facilmente in quanto la disposizione della L. 62 pr. Dig. *h. t.* « in tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est » può intendersi qui in un significato del tutto analogo al suo originario, cioè per il *ius capiendi* o capacità di acquistare. In altre parole, l'istituzione del postumo non ancora concepito è possibile, ma la capacità di acquistare l'eredità dipende dal fatto della sua esistenza, almeno come embrione, al tempo della morte del testatore. Se si ammette la possibilità della istituzione dei postumi sotto la condizione della loro futura esistenza, il favore delle ultime volontà deve fare sì che si arrivi ad ammetterla anche senza che la condizione sia espressa; anzi è quasi impossibile interpretare la disposizione con la quale alcuno istituisce i figli presenti e futuri di Tizio altrimenti che nel senso che se Tizio avrà ancora figli, quindi sotto la condizione che ne abbia, essi siano istituiti eredi. Ma già per questo solo deve respingersi qui l'applicazione della regola secondo la quale si può istituire un incapace sotto la condizione che egli in seguito acquisti la capacità, perchè altrimenti perderebbe ogni significato e dovrebbe ritenersi come inesistente il principio che non possa essere erede immediato colui che non esiste alla morte del testatore. Nè si opponga che ciò può dirsi di qualunque altro motivo di incapacità di succedere o di acquistare, perocchè l'avere espressa la condizione di futura capacità non si può considerare come una formalità superflua, essa invece serve a convincere che non manchi la certezza della volontà, il *certum consilium*, la cui esistenza deve risultare dalla disposizione stessa. Quando un romano istituiva erede un peregrino senza alcuna ulteriore dichiarazione, il motivo di tale istituzione non era certamente la sua qualità di peregrino, ma dovea per ciò ritenersi sottintesa nell'istituzione la condizione, se egli acquisterà la cittadinanza? Ciò non può affermarsi con troppa leggerezza. Se il testatore avesse prima interpellato un

---

[14]) Pag. 145 e 158.

giureconsulto questi avrebbe risposto: un peregrino non può ereditare da un cittadino romano, ma tu puoi istituire il tuo amico per il caso che egli diventi cittadino: alla tua morte però rimarrà in sospeso la questione chi sia il tuo erede e così dipenderà da un avvenimento ancora incerto, se il tuo testamento avrà efficacia o se si farà luogo alla successione intestata. Ma, è egli per tal modo certo che il testatore si sia deciso a far dipendere l'esito del suo testamento da un evento incerto o non si deve credere piuttosto che egli abbia avuto una volontà più seria e cercato per ciò di raggiungere per altra via l'adempimento della sua volontà di escludere la successione intestata e di dare tutte quelle altre varie disposizioni che presuppongono un testamento valido?

Altro esempio: alcuno vuol lasciare il suo patrimonio ad una società o ad un istituto che non ha i caratteri di una persona giuridica, per esempio a una fabbrica, nella forma dell'istituzione d'erede. Il suo amico giureconsulto gli dirà che questo non è possibile, che egli deve istituire una persona capace incaricandola di spendere il patrimonio per lo scopo voluto, oppure istituire la società sotto la condizione della sua costituzione come persona giuridica. Egli è poi libero di dare particolari disposizioni sul modo di costituzione e sull' azione del governo sulla fondazione, altrimenti tutto ciò resterà nell' arbitrio del governo stesso. Chi vorrà sostenere che egli possa soltanto rispondere che tutto ciò egli aveva già considerato, ma che ha anche pensato che s'intende da sè che occorre costituire la personalità dell' erede da lui nominato in modo corrispondente alle leggi e ai regolamenti dello Stato, e che se errò in ciò egli voleva tuttavia porre quella condizione riservandosi anche ogni ulteriore determinazione? Credo appena necessario osservare che una tale affermazione sarebbe destituita di ogni fondamento. È possibile certamente che alcuno parli così, ma la questione è se tale risposta sarebbe fondata; e a ciò deve rispondersi senza alcun dubbio, no [15]). Ben diversamente

---

[15]) Nel mio parere giuridico sul caso Staedel (*Rechtliche Beurtheilung des Staedelschen Beerbungsfalles*) HALLE 1828, pag. 268 io avevo detto: « Il solo riguardo alla piena determinazione e certezza della volontà, che

però vanno le cose nel caso d'istituzione di un uomo non ancora esistente. Chi fa una tale istituzione non può farla che sotto il presupposto di futura esistenza.

L'unica cosa sulla quale non potrebbe nascere dubbio è appunto la necessità di esprimere come condizione la esistenza futura dell'istituito. Ma questo sarebbe altamente ridicolo e certamente nessuno e noi per i primi non possiamo ammettere che i romani abbiano fatto dipendere la validità di una tale istituzione da una forma così insignificante.

Quando pertanto noi leggiamo che anche i non nati possono essere istituiti purchè siano nati o almeno concepiti al tempo della morte del testatore, questa sarebbe evidentemente una limitazione priva di valore se potesse essere esclusa dall'aggiunta o dal sottintendersi di una condizione così insignificante; essa per ciò deve intendersi alla lettera come un diritto speciale accanto al diritto generale della facoltà d'istituire gli incapaci sotto la condizione de l'acquisto della capacità.

Anche la incapacità delle persone giuridiche si ricollega di solito alla regola *incerta persona heres institui nequit.* Ulpiano

---

deve prima di ogni altra cosa osservarsi nelle disposizioni di ultima volontà, esige che non si possa ritenere indifferente se sia espressa la condizione di capacità, o se sia istituito semplicemente un incapace. Quando il testatore istituisce semplicemente un incapace nasce la questione se veramente abbia voluto istituirlo erede e sopra tutto che cosa avrebbe fatto se ne avesse conosciuto l'incapacità. — Se invece egli aggiunge la condizione di capacità o nel caso particolare quella del riconoscimento sovrano da ottenersi, non vi può esser dubbio circa la sua volontà. » Il Wenck, nel suo *Beitrag* ecc. (Contributo alla decisione giuridica del caso Staedel), Lipsia, 1828, pag. 35, qui oppone il principio che: « Quando il testatore istituisce persone inesistenti non può essere questione che, se l'esistenza sia possibile, egli abbia fatto ciò nel presupposto e nell'aspettativa che questa persona venga in seguito ad esistere ». Io concedo questo per l'istituzione di un uomo non ancor nato, ma lascio al giudizio del lettore imparziale di vedere se l'osservazione del Wenck si adatti anche ad altri casi o se ciò non sia confutato da quanto abbiam detto sopra nel testo. Da ciò risulta piuttosto quanto pericoloso sia l'argomentare da una cosa all'altra, cioè dai postumi alle persone giuridiche e viceversa.

dice: « Nec municipia, nec municipes heredes institui possunt, *quoniam incertum corpus est, et neque capere universi, nequo pro herede gerere possunt* » [16]).

La mancanza di personalità individuale è dunque secondo la dichiarazione propria di ULPIANO il motivo di questa incapacità, la solenne adizione dell'eredità o *cretio* non poteva avvenire mediante rappresentanti e poichè le persone giuridiche potevano compiere tale atto in persona soltanto quando consistessero in una persona fisica unica, come ad esempio l'imperatore, ne conseguiva la loro incapacità di succedere almeno per diritto civile [17]). Questo ostacolo non si opponeva alla eredità pretoria [18]), ma è da credere che un acquisto diretto dell'eredità per le persone giuridiche non fosse in origine ammesso neppure per diritto pretorio [19]). Vero è che ULPIANO dice in un testo dei Digesti: « A municipibus, et societatibus, et decuriis, et corporibus, bonorum possessio agnosci potest; proinde, sive actor eorum nomine admittat (bonorum possessionem), sive quis alius, recte competet bonorum possessio » [20]; ma da ciò non si può concludere che l'incapacità delle persone giuridiche non sia mai esistita nella successione pretoria [21]). Essa dipendeva da un principio più generale, dal fatto che le persone prive di volontà, alle quali appartenevano anche le *universitates personarum*, non potevano in generale acquistare

---

[16]) ULPIANO, XXII, 5. Confr. PLINIO, *Epist.* V, 7: « Nec heredem institui nec percipere posse rem publicam constat ». — Colui che non poteva essere istituito erede era incapace naturalmente anche di ricevere un legato.

[17]) EINEECIO, *de collegiis et corporibus opificium*, cap. 1, § 17. Opusculorum variorum Sylloge, exerc. IX, p. 412. DIRKSEN, *Ueber den Zustand der iuristichen Personen nach R. R.* (Sulla condizione delle persone giuridiche nel diritto romano) nelle *Dissertazioni di diritto civile*, Vol. II, dis. I, p. 129 seg. ELVERS, *Erörterung der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit iuristischer Personen* (Trattazione della dottina della capacità testamentaria delle persone giuridiche) pag. 94.

[18]) L. 3 § 7 Dig. *de bon. poss.* 37, 1: « Acquirere quis bonorum possessionem potest, vel per semet ipsum *vel per alium* ».

[19]) DIRKSEN, loc. cit. pag. 130 seg.

[20]) L. 3 § 4 D. *de bon. poss.* 37, 1.

[21]) Di quest'opinione è l'ELVERS, loc. cit. pag. 97 seg.

nessuna cosa per la quale fosse necessaria una determinata manifestazione di volontà o una immediata coscienza dell'acquirente, quindi neppure il possesso [22]).

Così è che ULPIANO non fa che esprimere una modificazione già ammessa ai suoi tempi quando riconosce il diritto di eredità pretoria alle *universitates personarum*. Ciò appare poi in modo chiarissimo da un altro testo dello stesso giureconsulto dove è parola del diritto di eredità pretoria dei municipi sui beni dei loro liberti.

« Sed an omnino petere bonorum possessionem possint dubitatur, movet enim, quod consentire non possunt; sed per alium possunt petita bonorum possessione ipsi acquirere. Sed qua ratione Senatus censuit, ut restitui iis ex Trebelliano hereditas possit, et qua ratione alio senatus consulto, heredibus iis instituis, a liberto acquirere hereditatem permissum est, ita bonorum quoque possessionem petere dicendum est » [23]).

Qui è detto chiaramente che dell'ammissibilità della *bonorum possessio* a favore dei municipi si era dubitato per la mancanza di coscienza da parte loro, ma poi fu ammesso potesse qui avere luogo una rappresentanza, come nell'acquisto di un'eredità fedecommessaria era ormai ammesso pei municipi [24]). Ancora però seguitava ad essere in vigore la regola generale che le persone giuridiche non potessero essere istituite eredi perchè persone incerte o mancanti d'individualità corporea [25]).

Un acquisto derivante immediatamente dalla legge, pel quale non fosse necessario alcun atto dell'acquirente, fu invece di buon

---

[22]) L. 30 § 1 D. *de adq. vel am. poss*, 41, 2. Vedi SAVIGNY, *Recht des Besitzes* (Diritto del possesso) § 26, pag. 367, n. 1, 6.ª edizione.

[23]) L. 1, § 1, D. *de libertis universitatum* (38, 3).

[24]) *Guil.* MARANI, *paratitla Digestor. ad tit. de libert. universit. in p. m.* 777. A. SCHULTING *ad Ulpiani Fragm.* Tit. XXII, § 5, Nota 9; RAU, *diss. de personis incertis heredib. instituendis* § 4.

[25]) Fr. Carlo CONRADI, *Dissertatos de dis heredibus ex testamento apud Romanos*, Lipsia 1725 e anche nei suoi *scripta minora* editi da L. PERNICE, n. II, cerca di fondare la capacità di succedere degli dei anche su motivi politici. Confr. RAU, loc. cit. pag. 23 seg.

ora ritenuto possibile [26]), benchè il diritto di certe comunità di ereditare *ab intestato* dai propri membri morti senza lasciare parenti non potesse in ogni caso considerarsi che come una singolarità e non si ammettesse senza una speciale concessione [27]). Ma, anche a riguardo del diritto di successione testamentaria l'antica regola aveva già al tempo dei giureconsulti classici subìto grandi e varie modificazioni. L'istituzione del popolo, dello Stato, o dell' erario pubblico, era già usuale in tempi molto antichi e sembra che neppure si sia dubitato della validità di essa [28]).

Alle città fu concessa la capacità di succedere mediante senatusconsulti speciali e in origine solo per casi determinati. Se noi stiamo alla relazione di ULPIANO [29]) da prima fu stabilito che una città potesse essere istituita erede dai propri liberti, poi le fu riconosciuta incondizionatamente la capacità di ricevere fedecommessi. Il testo suona secondo la lezione ordinaria:

« Nec municipia — — — heredes institui possunt — — — Senatusconsulto tamen concessum est, ut a libertis suis heredes institui possint. Sed fideicommissa hereditas municipibus restitui potest: *denique hoc Senatuscousulto prospectum est* ».

Non vi è alcuna ragione sufficiente per ammettere una variante della lezione, meno d' ogni altra poi deve ammettersi la variante *deque* [30]) in luogo di *denique*, la quale significherebbe « e anche su ciò è contenuta una disposizione nel senatusconsulto ». Meglio si potrebbe difendere la lezione *idque* [31]), la quale almeno non urta contro il ritmo latino e contro la costruzione regolare, sebbene anche in essa occorra sottintendere *etiam*.

---

[26]) GELLIO, *Noctes Atticae*, lib. I, c. 12 in fine: DIRKSEN, loc. cit., pag. 116 seg., pag. 130.

[27]) DIRKSEN, loc. cit. pag. 99-101.

[28]) GELLIO, *Noctes Atticae*, lib. VI, c. 7 i numerosi casi che il MAIANSIO, *Disp. iuris*, loc. cit. § 9, riferisce dai classici.

[29]) ULPIANO, XXII, 5.

[30]) Così legge il BOECKING.

[31]) Così CUIACIO, nell'edizione stampata nel I volume delle sue Opere, ediz. di Napoli. p. 332. L'osservazione contraria dello SCHULTING, nota 13 ad *h. l.*: « si legas *idque*, quo pertinebit illud *hoc*? Non poterit sane

Ma la lezione ordinaria fondata sul manoscritto merita certamente la preferenza, perocchè *denique* può significare anche *quin etiam* [32]). Ulpiano non dice che queste disposizioni fossero contenute in diversi senatusconsulti, nè ciò appare da questo testo, appare, però dal testo sopra citato dei Digesti (L. 1 § 1 D. *de libert. univ.* 38, 3) dove il giureconsulto dichiara espressamente che in un senatusconsulto si parlava della *fideicommissaria hereditas*, in un altro [33]) della capacità delle città ad essere istituite nei testamenti dei loro liberti. Probabilmente il senatusconsulto sulla successione dei liberti è il primo [34]), la seconda disposizione è da Paolo attribuita espressamente ad un senatusconsulto Aproniano [35]): « Omnibus civitatibus, quae sub imperio populi Romani sunt, restitui debere et posse hereditatem fideicommissam, Apronianum senatusconsultum jubet. Sed et actiones in eas placuit ex Trebelliano transferri; sed municipes ad eas admittuntur » [36]).

---

referri ad senatus consultum ante memoratum, cum hoc ab illo sit diversum », non è molto significante, perchè poggia sul supposto che ognuno dei principii enunciati nel testo sia stato introdotto da uno speciale senatusconsulto, ciò che non tutti ammettono. Contrario gli è, fra gli altri, il Maiansio, Diss. N. 1 § 14, il quale pure legge *idque*.

[32]) Vedi Schulting, nota 13 ad *Ulp. h. l.* Con lui concorda un altro conoscitore della buona latinità, il Cannegieter, *Notae ad Ulpiani fragm.* pag. 93.

[33]) Il Maiansio, disp. cit. § 14, vorrebbe leggere *illo* invece che *alio senatus consulto*, ma evidentemente solo perchè egli intende il testo nel senso che ambedue le disposizioni siano state emanate da un solo senatusconsulto.

[34]) Nulla si può argomentare in contrario dal fatto che Ulpiano nel testo del Digesto parli prima della *fideicommissa hereditas;* egli non doveva già occuparsi di giustificare il principio che i comuni poteano acquistare l'eredità per mezzo di rappresentanti, principio riconosciuto già in altri casi. Una ricerca ampia sull'età di questo principio si trova nel Rau, diss. cit. § 5.

[35]) L. 20 D. ad *S. C. Trebell.* 36, 1 (Paulus, lib. singulari de senatus consultis).

[36]) La regola espressa in fine contiene soltanto un'applicazione di questo principio di diritto al caso che la restituzione avvenisse secondo il senatusconsulto Trebelliano, perocchè in tal caso le azioni ereditarie passavano attivamente e passivamente al fedecommessario, ben inteso per la parte

A qual tempo è da attribuire questo senatusconsulto? Ciò è molto discusso [37]). Di solito si attribuisce all'influenza di Adriano, sotto il quale fu emanato anche un senatusconsulto sui legati a favore di una città.

« Civitatibus omnibus, quae sub imperio populi romani sunt, legari potest, idque *a divo Nerva introductum, postea a senatu, auctore Hadriano, diligentius constitutum est* » [38]).

Può apparire strano del resto che i legati nel senso rigoroso della parola siano stati permessi prima dei fedecommessi, e poco conciliabili gli esempi sopra riferiti colla narrazione di Gaio: « *olim incertae personae — per fideicommissum relinqui poterat*, quamvis neque heres institui, neque legari ei possit; *sed senatusconsulto, quod auctore divo Hadriano factum est, idem in fideicommissis, quod in legatis hereditatibusque, constitutum est* » [39]).

In un testo precedente è anche detto che mediante il senatusconsulto sotto Adriano fu abolita la facoltà di lasciare fedecommessi ai peregrini e stabilito che tali fedecommessi andassero invece al fisco [40]). Il rapporto fra le varie disposizioni deve probabilmente concepirsi così: elargizioni a favore di scopi di pubblica utilità, in particolare a favore delle città erano nell'impero romano molto frequenti [41]), ed era nell'interesse della legislazione di non

---

che gli era restituita (§ 4, 5 I. *de fid. hered.* 2, 23). Le città dunque possono essere convenute e possono agire colle azioni ereditarie; il giureconsulto parla qui dei membri delle città (*municipes*), ma ciò non si riferisce naturalmente ai singoli, bensì alla comunità intera.

All' ultimo *sed* deve essere aggiunto *et*, ciò che non manca dell' appoggio di alcuni manoscritti (Nota marginale nell' ediz. di Contius) o, quanto meno, esso deve sottintendersi. Cannegieter, *ad Ulp. fragm.*, *h. t.* XXII, § 5, pag. 93; Schulting, *Notae ad l. 26 D. ad S. C. Trib.* Rau, Diss. cit. § 6 in fine pag. 34.

[37]) Le diverse opinioni su questo punto si trovano esposte e criticate dal Rau, Diss. cit. § 6. Confr. anche Schulting, *ad Ulp. fragm.* XXII, 5, nota 13.

[38]) Ulpiano, XXIV, 28.

[39]) Gaio, II, 287.

[40]) Gaio, II, 285.

[41]) Quanto si fosse propensi a simili disposizioni e quanto esse fossero favorite provano i numerosi casi che ne son riferiti nelle nostre fonti. Vedi

ostacolarli. I principii rigorosi del diritto successorio romano furono però per molto tempo di ostacolo alla validità delle disposizioni di ultima volontà dirette a tali scopi, sebbene eccezionalmente queste fossero ammesse per taluni casi [42]). Col nascere dei fedecommessi questo ostacolo si può considerare come sparito in sostanza perchè le disposizioni fedecommessarie non erano in origine sottoposte ad alcun principio di puro diritto positivo; appunto per ciò allora non si trovò più alcuno ostacolo ad ammettere anche i veri e propri legati a favore delle città. Tuttavia anche prima che l'imperatore Nerva introducesse questa novità, per effetto del senatusconsulto Trebelliano era nata o per lo meno aveva acquistato importanza pratica la distinzione fra fedecommessi universali e fedecommessi singolari; ciò che un fedecommessario della prima specie riceveva poco differiva dalla vera *hereditas* [43]), e una città non poteva essere *heres*. Così si venne a dubitare se potesse a questa lasciarsi un *fidei commissum hereditatis* e ciò dette origine alla sopra enunciata disposizione del senatusconsulto di Adriano [44]). Qui non è il caso di esaminare se questo senatusconsulto fosse tutt'uno con quello nel quale era stabilito che gli incapaci di succedere non fossero neppur capaci di ricevere fedecommessi: in ogni caso è ormai facile spiegare come sotto lo stesso imperatore si estendessero ai fedecommessi i principî rigorosi del diritto ereditario e si riconoscesse nello stesso

L. 41 § 5, L. 71 § 5, L. 117, L. 122 D. *de leg.* 1, 30; L. 30, L. 77 § 33 D. *de leg.* II, 31 (Vedi L. 8 Cod. *de inst. et subst.* VI, 26), L. 78 § 2 *eod.* L. 5 pr. L. 11 § 23, L. 35 § 3, L. 38 § 5 D. *de leg.* III, L. 8 D. *de usu et usufr. leg.* XXXIII, 2 (Vedi L. 56 D. *de usufr.* VII, 1 L. 21 D. *quib. mod. ususfr. vel usus amitt.* VII, 4). L. 2 D. *de reb. dub.* (XXXIV, 5). L. 97 D. *de cond. et dem.* (XXXV, 1). L. 1 § 5, L. 3 § 2, L. 68 pr. in f. D. *ad leg. Falcid.* (XXXV, 2). L. 12 D. *ut in possess. legat.* (XXXVI, 4). L. 4 D. *de administr. rer. ad civit. pertin.* L. 13 § fin. D. *de pollicit.* 50, 12, V. *Gr.* MAJANSIUS *disp. jur.* Nr. I § 6. — DIRKSEN, pag. 135 seg.

[42]) Vedi per es. TACITO, *Annales* lib. IV, c. 43; MAIANSIO, Diss. loc. cit. § 14; SCHULTING, *ad Ulp. fragm.* XX, 5 nota 8; DIRKSEN, loc. cit., pag. 134.

[43]) GAIO, II, 253; ULPIANO, XXV, 14, 16 § 4 I. *de fid. her.* 2, 23. Confr. MAREZOLL, nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile) Vol. IX, pag. 117.

[44]) DIRKSEN, loc. cit. pag. 31-33.

tempo la piena capacità nelle città di ricevere eredità fedecommessarie.

Un rescritto, che deve attribuirsi all'imperatore Antonino Pio o a Marco Aurelio estese ai piccoli comuni il diritto già riconosciuto alle città di acquistare legati. GAIO dice: « Vicis legata perinde licere capere atque civitatibus rescripto imperatoris nostri significatur » [45]); un senatusconsulto di Marco Aurelio estese lo stesso diritto a tutte le comunità permesse.

« PAULUS, Lib. XII ad Plautium: Cum senatus temporibus divi Marci permisserit collegiis legare, nulla dubitatio est, quod si *corpori, cui licet coire*, legatum sit, debeatur; cui autem non licet, si legetur non valebit, nisi singulis legetur; hi autem non quasi collegium, sed quasi certi homines admittentur ad legata ». [46])

Da alcuni testi delle Pandette si potrebbe argomentare che al tempo dei più tardi giureconsulti classici (Papiniano e Ulpiano) tanto le città quanto tutti i *collegia* leciti avessero la piena capacità di essere istituiti direttamente. PAPINIANO enuncia il caso di un municipio istituito erede, nel quale non si dubitava della validità della istituzione, ma solo dava luogo a dubbio il fatto che al municipio fosse lasciato l'usufrutto e ad un altro la proprietà [47]). Quali vantaggi può procurare, si dimandava, questo legato al legatario, posto che la città non muore? PAPINIANO tuttavia dichiara

---

[45]) L. 73 § 1 D. *de legatis I*, 30. GAIO viveva già sotto Adriano, e fu scrittore famoso sotto Antonino Pio e Marco Aurelio. Vedi ZIMMERN, *Roemische Rechtsgeschichte* (Storia del diritto romano), I, § 93. Il commento all'editto pretorio dal quale è tratta la L. 73 § 1 D. *de legatis I*, 30, sembra appartenga ai più tardi fra i suoi scritti. Vedi DITMAR, *Dissertatio de nomine, aetate, studiis ac scriptis Gai*, Lipsia 1820, p. 527 sg. Il MAIANSIO, loc. cit. § 8, attribuisce invece questo rescritto all'imperatore Antonino Pio.

[46]) L. 20 D. *de rebus dubiis* 34, 5. Confr. L. 93 § 4 Dig. *de legatis III*, 32, dove Cervidio Scevola tratta di un legato a favore di un *collegium fabrorum*.

[47]) L. 66 § fin. D. *de leg. II*. « A municipibus heredibus scriptis detracto usufructu legari proprietas potest, quia non utendo possunt usumfructum amittere ».

valido il legato perchè l' usufrutto potrebbe cessare per il non uso [48]).

L. 6 § 4 D. *ad Sct. Treb.* (XXXVI, 1). « Item si municipes hereditatem suspectam dicant heredes instituti, dicendum erit, cogi eos agnoscere hereditatem, et restituere. *Idemque erit et in collegio dicendum* ».

In un altro testo è detto [49]): « a municipibus et societatibus et decuriis [50]) et corporibus bonorum possessio agnosci potest ». Tuttavia questi testi devono riferirsi ai casi nei quali l'istituzione delle città e delle altre corporazioni era permessa; deve cioè essere ammesso che alle altre corporazioni fosse concesso assai presto lo stesso diritto di succedere ai propri liberti che era concesso alle città [51]): ma la testamentifazione passiva non fu a quel tempo riconosciuta generalmente nè alle città nè alle altre associazioni.

Così rescrissero gli imperatori Diocleziano e Massimiano nell'anno 290: « Collegium, si nullo speciali privilegio subnixum sit, hereditatem capere non posse dubium non est » [52]). Da ciò dobbiamo concludere però che alcuni collegi avevano ottenuto per privilegio la testamentifazione passiva generale. La capacità di succedere diretta delle città fu riconosciuta pienamente soltanto da una costituzione di Leone dell'anno 469 [53]).

---

[48]) Vedi anche L. 56 Dig. *de usufructu* 7, 1, dove è trattata la questione se possa essere costituito un usufrutto a favore di un municipio: « periculum enim esse videbatur ne perpetuas fieret... Et placuit centum annos tuendos esse municipes ». Vedi anche WESTPHAL, *Vermaechtnisseund Fideicommisse* (Legati e fedecommessi), Vol. I, § 221 pag. 188 sg.

[49]) L. 3 § 4 Dig. *de bon. poss.* 37, 1.

[50]) Su queste decurie vedi CUIACIO, *Observationes* XXI, c. 10 e AVERANI, *Interpretationes iuris*, lib. II, c. 19.

[51]) DIRKSEN, loc. cit. pag. 139 seg.

[52]) L. 8 Cod. *h. t.* 6, 24.

[53]) Del resto non è improbabile che la capacità stessa fosse già prima riconosciuta senza esitanza alla città, perchè l' imperatore Leone risolve qui nella L. 12 Cod. *h. t.* solo la questione se alle città dovesse riconoscersi la proprietà sui fondi municipali e il diritto alle *annonae civiles* o *civicae* e la risolve in senso affermativo: « Hereditatis, vel legati seu fi-

Ora si domanda se la costituzione di Giustiniano de *incertis personis* non abbia esteso questo diritto a tutte le corporazioni lecite. Di solito si risponde di sì [54]) e si escludono solo le comunità israelitiche [55]), ciò che ha i suoi buoni motivi perchè si sostiene con molta probabilità che le comunità israelitiche avessero il diritto de'le persone giuridiche in generale, onde la loro incapacità a succedere non potrebbe argomentarsi dalla mancanza di personalità [56]). All' affermazione che la costituzione *de incertis personis* abbia concesso la personalità giuridica a tutte le corporazioni lecite, si oppongono alcune obiezioni.

In primo luogo non si potrebbe evidentemente parlare se non di quelle corporazioni che siano state riconosciute come persone giuridiche.

Lecite invece sono tutte le associazioni non segrete aventi scopi leciti [57]) e tali associazioni possono di propria privata ini-

---

deicomissi, aut donationis titulis *domus*, aut *annonae civiles*, aut *quaelibet aedificia*, vel mancipia ad jus inclytae urbis vel alterius cujuslibet civitatis pervenire possunt ». Confr. SINTENIS, Traduzione tedesca del *Corpus iuris*, vol. V, pag. 963 nota 65.

[54]) Jo. STRAUCH, *diss. de personis incertis.*, cap. VI § 4. RAU, *diss. de personis incertis ex test. hered.* § VIII in f. DIRKSEN, loc. cit. pag. 149.

[55]) Fondandosi sulla L. 1 Cod. *de iudaeis et coelicolis*, 1, 9.

[56]) Alcuni sostengono il contrario, ma vedi contro pag. 481, n. 6 di questo Volume.

[57]) Ciò deve ammettersi come regola. — Tutti i giorni si contraggono associazioni a scopi di divertimento, mercantili e simili e a tali associazioni si attribuiscono effetti giuridici senza che si ritenga necessaria una conferma da parte dell' autorità governativa. Solo per eccezione tali associaziani, che si costituiscono senza darne avviso all'autorità superiore, sono dichiarate illecite, come è per esempio nei tempi moderni delle associazioni fra studenti aventi scopi in sè leciti, come circoli di lettura e simili, le quali sono sottoposte a tali limiti. Un limite anche maggiore sembra essere stato ammesso anche nel diritto romano, perocchè esso richiedeva il consenso dato per legge o una speciale concessione superiore per le maggiori associazioni, che si costituissero per scopi leciti diversi dai religiosi. Vedi L. 1 pr. § 1, L. 3 § 1 D. *de coll. et corp.* 47, 22. DIRKSEN, loc. cit. pag. 23-44. Certo è possibile che qui si alludesse soltanto ad associazione che, una volta costituite legittimamente e col consenso, acquistavano personalità giuridica, o, come è detto di un collegio di magistrati, *unius*

ziativa o mediante l'atto costitutivo determinare i loro particolari scopi e i rapporti giuridici dei menbri [58]), salve le limitazioni che può imporre il diritto positivo [59]). Esse possono scegliere i loro capi, avere la loro cassa, tenere consigli e prendere decisioni intorno ai propri interessi finchè si mantengano nei limiti dell'autonomia privata lecita. Tutto ciò non attribuisce loro la qualità di persona giuridica, altrimenti i nostri clubs, musei e tutte le altre associazioni private a scopo di divertimento o di cultura, qualunque nome esse portino, dovrebbero essere persone giuridiche. Ora sebbene ciò sia stato qualche volta sostenuto, ciò si è fatto però soltanto in difesa di interessi parziali o in scritti che ne avevano tutto il carattere a confutare i quali basta il semplice rinvio alla comune esperienza della vita. È certo infatti che a questi clubs, società, ecc. non è riconosciuta la facoltà di stare in giudizio, nè la capacità di succedere qualora essi non siano costituiti formalmente come persone giuridiche mediante un atto di governo. Tuttavia da un testo del diritto romano, che senza dubbio, parla di assicurazioni le quale pretendevano a questa qualità di persone giuridiche, appare chiaramente che tale qualità non si può ottenere senza una speciale autorizzazione pubblica. È un testo del III libro di Gaio sull'editto provinciale [60]): « Neque societas neque collegium, neque hujusmodi corpus passim omnibus haberi [61]) conceditur nam et legibus, et senatusconsultis, et principalibus constitutioni-

---

hominis vicem sustinent (L. 25 D. *ad municip*, 50, 1); anzi le espressioni *collegium usurpare*, e più specialmente *corpus coire*, indicano che di fatto a tali associazioni si alludeva. Se questo è il caso il permesso dato per legge a tali associazioni avrebbe anche contenuto la preventiva concessione di personalità giuridica: da questo però non segue sempre che una associazione semplicemente non vietata abbia per ciò solo la personalità giuridica. Vedi ciò che sarà detto più oltre nel testo.

[58]) L. 1, L. 5 pr. § 1 L. 7 D. *pro socio* (17, 2).

[59]) L. 5 § 2 L. 14 L. 59 D. *pro socio*, 17, 2.

[60]) L. 1 pr. D. *quod cuiusque universitatis nomine vel contra eam agatur* (III, 4).

[61]) Altri leggono *habere*, nel qual caso però il precedente *societas* dovrebbe mutarsi in *societatem* o *societates*. Vedi Smallenburg, *ad Schulting, Notae ad Digesta* I, 451.

bus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt hujusmodi corpora [62]); ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, vel argentifodinarum, et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt ».

I senatusconsulti e le costituzioni, dei quali si parla qui, non sono leggi generali, ma atti speciali dei magistrati dello Stato, dai quali le singole corporazioni ricevevano la loro essenza giuridica, come è provato dalle espresssioni *collegia certa sunt, quorum corpus* [63]) *senatusconsultis atquo constitutionibus confirmatum est;* sebbene da questo testo appunto risulti anche che certe associazioni erano costituite precedentemente od ottenevano in precedenza la personalità giuridica dalla legge [64]). In generale adunque quando si dice che la costituzione *de incertis personis* ha concesso alle corporazioni permesse la capacità di succedere, si deve pensare alle corporazioni aventi personalità giuridica. Per ciò che riguarda poi il preciso contenuto della costituzione il passo delle Istituzioni non ci viene in aiuto su questo punto come sul punto dei postumi; noi però conosciamo quel contenuto dall' estratto del

---

[62]) In seguito si aumentò di molto il numero delle associazioni di lavoratori con diritti di corporazione ed esse ottennero grandi privilegi. Confr. L. 2 Th. Cod. *de execus*. 10, 64; L. 1 Just. Cod. 10, 64. Confr. Einecciò, *Diss. de collegiis et iure collegiorum et corporum apud Romanos*, c. 1 § 21.

[63]) *Societas* e *collegium* sono parole usate nelle nostre fonti ora con significato generale per qualunque associazione libera di persone, ora in un senso stretto come associazione avente i diritti di una corporazione ovvero con personalità giuridica: di preferenza però si adopera per indicare quest' ultima la parola *corpus*, onde nel testo sopra riferito si parla di *collegia, quorum corpus confirmatum est*, cioè, come noi diremmo, di associazioni aventi i diritti di corporazione. Confr. il mio parere sul caso Staedel, pag. 167.

[64]) Vedi in generale il citato mio parere pag. 150-67.

Nomocanone di Fozio [65]) che così suona nella versione dell' Agostino [66]):

« Valet quod relinquitur licito collegio, aut corpori utputa [67]) senatoribus, aut curiae, aut apparitoribus, aut medicis, aut praeceptoribus, aut advocatis, aut militibus, aut artificibus, aut aliis personis [68]). *Partes autem aequis portionibus singuli capiunt, qui tempore mortis in eorum numero reperiuntur; nisi nominatim testator partes tribuerit* » [69]).

Ma poichè il Nomocanone è la nostra unica fonte su questo punto e non possiamo aggiungervi il presupposto che Giustiniano abbia concesso in modo incondizionato l'istituzione delle corporazioni come tali, il contenuto letterario del testo conduce invece ad un resultato opposto; ciò che è stato attribuito ad una corporazione deve essere diviso per capi fra i membri appartenenti alla corporazione stessa al tempo della morte del testatore salvo che il testatore abbia disposto che si facesse un'altra divisione. Ma in tal caso non eredita il collegio come tale e per *incerta persona* non si poteva dunque intendere la persona giuridica, ma soltanto la mancanza di determinazione individuale dei successori futuri, e così la decisione di Giustiniano si applicava più propriamente ai casi da lui indicati nelle Istitu-

---

[65]) Il testo fondamentale su questo punto è il Nomocanone tit. II cap. 1. Questa parte della costituzione è citata inoltre nel Nomocanone tit. 12, cap. 9, ove si riferisce la L. 20 D. *de rebus dubiis*. Vedi poco sopra. Di qui e dal primo testo il Contius ha ricostruito il contenuto di questo contrapposto. Gli editori seguono di solito il Contius, ma diversificano in varii punti fra loro. Sono da consultare qui in particolare le edizioni di Spangenberg e di Beck.

[66]) Vedi *Opera II*, pag. 255 seg.

[67]) Il testo greco ha οἷον che il Beck traduce qui esattamente *quemadmodum*.

[68]) Più esattamente anche qui il Beck traduce ἢ ἑτέρῳ τινὶ, *vel cuipiam alii*. Questa parte del testo così suona in Spangenberg, secondo Contius: « Dicit constitutio valere quod relinquitur licito collegio, aut corpori, vel clericis, vel collegiis, vel curiae, vel cohorti praesidis, vel medicis, vel doctoribus, vel advocatis, vel militibus, vel ejusdem artificii opificibus seu artificibus, vel sacerdotibus, vel cuipiam alii corpori ».

[69]) In quest'ultima parte del testo, che è quella che più ci interessa, sono sostanzialmente concordi tutti i tentativi di restituzione.

zioni [70]). Ma dovrà per ciò ammettersi che le istituzioni e i legati a favore delle comunità già ammesse fin dai tempi anteriori dovessero dividersi ugualmente fra i membri esistenti alla morte del testatore? Pei municipii il contrario è fuori di questione, pei collegi, che abbracciano sempre un numero ristretto di individui ciò sembrerebbe più facile. Anche qui però il contrario appare con grande certezza dalla L. 20 Dig. *de rebus dubiis* dove si distingue se sia legato al collegio come tale o ai membri di esso e nell'ultimo caso questi ottengono il legato *non quasi collegium sed quasi certi homines*. Vero è che le corporazioni permesse e le non riconosciute sono qui contrapposte e per le prime il legato è ritenuto nullo in quanto si riferisca alla associazione come tale, valido soltanto se riferito ai membri come singoli. Ma da ciò non segue che anche nelle persone giuridiche non possa il lascito referirsi ai membri; tutto dipende dalla volontà del testatore.

La relazione di Fozio è in tutto imprecisa, ma se egli lo riferiva esattamente, almeno nella sostanza, il contenuto complessivo della costituzione *de incertis personis* sarebbe stato il seguente. Giustiniano non aveva in mira nella sua costituzione le corporazioni come tali, ma considerava soltanto la indeterminatezza individuale del successore futuro. La questione da risolvere era la seguente: si può istituire erede o nominare legatario alcuno che non sia ancora determinabile individualmente in modo preciso? I casi di questa specie erano i seguenti: *a*) disposizioni a favore di subietti che avrebbero potuto determinarsi soltanto per un dato avvenimento futuro. Esempio *quicumque filio meo in matrimonium filiam suam collocaverit, qui post testamentum scriptum primi consules designati erunt; b*) disposizioni a favore di non ancor nati; *c*) disposizioni a favore di coloro che in un determinato tempo saranno membri di una data associazione. Giustiniano decise questa questione in senso affermativo. Ma che la parte della costituzione di Giustiniano riguardante la costituzione delle associazioni si riferisse al solo caso di istituzione non del collegio come tale, è cosa

---

[70]) § 25-27 *I. de legatis* 2, 20. Vedi quanto è detto poco oltre nel testo.

confermata dalla interpolazione della L. 20 Dig. *de rebus dubiis* nella relazione di Fozio, in particolare dal principio che il lascito debba dividersi per capi fra i membri. Per quanto inesattamente Fozio conoscesse l'argomento egli non avrebbe potuto introdurre questo principio nel suo estratto se non fosse stato dinanzi ai suoi occhi. Infine così si spiega anche per qual motivo i compilatori abbiano accolto la costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano secondo la quale una corporazione non ha la capacità di succedere se non quando le sia stata espressamente concessa per un privilegio.

Tutto ciò prova con quanto poco fondamento si dia un particolare peso alla costituzione *de incertis personis* quando si parla della capacità delle persone giuridiche. Non è del resto da negare che la pratica abbia sempre annoverato la capacità di succedere delle persone giuridiche fra i diritti originari di esse, vale a dire fra quei diritti che derivano dalla loro stessa costituzione [71]), essendo anzi questo il più spesso lo scopo fondamentale per il quale si domanda il riconoscimento di esse da parte dello Stato [72]). Le stesse ragioni, che si opponevano in origine alla istituzione di un municipio o di un collegio, rendevano impossibile anche quella delle divinità. A queste mancava la personalità effettiva o fisica che è necessaria per agire indipendentemente e quindi anche per acquistare un' eredità [73]). Tuttavia fra tutte le persone giuridiche quelle che prima ottennero la capacità di essere istituite eredi furono certamente alcune divinità. Secondo i nostri concetti moderni l'istituzione religiosa e il complesso patrimoniale di essa vengono personificati come mere astrazioni allora quando si parla di istituzioni in erede e di ca-

---

71) Vedi il mio *Lehrbuch des Pandectenrechts* (Trattato del diritto delle Pandette) Vol. I § 197 n. 2 e nota 16, Vol. III, n. 4 nota 14.

72) Vedi il mio parere sul caso Staedel, pag. 203 seg.

73) Vedi C. Conradi, *de diis heredibus ex testamento apud Romanos*, § 7. Egli adduce anche al § 10 altri motivi accessorii, come, per esempio, che non sarebbe parso conciliabile col concetto della superiorità degli Dei a tutto ciò che è umano il concepire un Dio come il successore e rappresentante di un uomo obbligato per ciò verso altri uomini, e la necessità di evitare la perdita altrimenti necessaria dei *sacra privata*.

pacità di acquisto in generale delle chiese. In questo senso si distinguono due specie di persone giuridiche: *a*) quelle consistenti in una pluralità di persone fisiche che formano concettualmente un unico subietto di diritto; *b*) qualunque altro complesso concettuale avente una personalità ideale, fra i quali si distinguono in particolare modo i cosidetti *pia corpora* o *piae causae*, cioè tutte le fondazioni e le istituzioni costituite per un dato scopo religioso, di beneficenza, di educazione o cultura morale aventi i diritti di una persona giuridica [74]). Gli antichi però collegavano ogni personalità giuridica, e non solo quella dei comuni e delle corporazioni con una persona che essi immaginavano come fisicamente esistente. Così la personalità dell'*hereditas* riposa sulla finzione di una personalità perdurante del defunto [75]), e così parimente gli Dei erano immaginati come individui viventi tra gli uomini. La personalità loro era attaccata a loro stessi e non ai templi o alle dotazioni di questi: soltanto la capacità giuridica completa non era riconosciuta neppure alle divinità patrie aventi in certo senso la cittadinanza, perchè a loro mancava sempre una personalità corporea visibile. Tuttavia si ammise a poco a poco una rappresentanza di esse, a molte divinità fu concessa la capacità di succedere per legge e per evitare l'ostacolo che derivava dalla legge Giulia e Papia fu loro concesso il *ius liberorum* [76]). ULPIANO riferisce il diritto vigente ai suoi tempi [77]) colle parole seguenti:

« Deos heredes instituere non possumus, praeter eos, quos senatusconsulto, constitutionibus principum instituere concessum est, sicuti Jovem Tarpejum, Apollinem Didymaeum, Her-

---

[74]) Vedi il mio *Lehrbuch* (Trattato delle Pandette) I, § 196, § 201.

[75]) § 2 I. *de heredib. instit.* — « Nondum adita hereditas personae vicem sustinet, non heredis, *sed defuncti* ». L. 34 D. *de acq. rer. dom.* (XLI, 1). Confr. il mio Parere sul caso Staedel, p. 164-66.

[76]) Confr. SCHULTING, nota 15 *ad Ulpiani fragm.* XXII, 6: CONRADI, *Diss.* cit. § 11-12.

[77]) ULPIANO, XXII, 6. Le spiegazioni delle singole espressioni e indicazioni di lezioni diverse si trovano specialmente in SCHULTING. note 16-26; CONRADI, *Diss.* cit. § 17-23; CANNEGIETER *ad Ulpianum*, p. 93-97.

culem Gaditanum, Dianam Efesiam, Matrem Deorum Sipylensem, quae Smyrnae colitur, et coelestem Saiinemsen Carthaginis ».

Da alcune antiche iscrizioni noi sappiamo che altri Dei ancora erano capaci [78]); ULPIANO dunque non porta che esempii delle divinità che per prime ottennero la capacità di succedere, e ciò è indicato anche dalla parola *sicuti* [79]); onde noi dobbiamo ritenere come probabile che tale diritto fosse riconosciuto a tutti gli Dei patrii o ricevuti.

L'imperatore COSTANTINO dichiarò capace la chiesa cristiana cattolica (*sanctissimum catholicum venerabileque concilium*) [80]), ma la concezione per la quale non la comunità, non il patrimonio della chiesa, bensì un individuo concepito vivente formava il subietto del diritto, seguitò ad accogliersi dai seguaci della religione cristiana. Anche Cristo e i suoi Apostoli avevano vissuto e operato come le persone mitologiche del mondo antico, per essi come per queste poteva dunque ammettersi benissimo una continuazione della personalità. Si istituivano il Signore Gesù Cristo, un santo, un arcangelo, Dio stesso e la validità di tali istituzione era fuori di dubbio; solo era necessario di determinare per legge a quali speciali comunità fosse da riferirsi l'istituzione, in qual modo dovesse l'eredità regolarsi ed erogarsi qualora il testatore non avesse dato alcuna disposizione particolare. Tale determinazione fu emanata da GIUSTINIANO nel 530 con una costituzione in lingua greca. Essa è stata accolta nelle edizioni del Codice come L. ult. (26) *de sacrosanctis ecclesiis* 1, 2, dalla così detta *Collectio vigintiquinque capitulorum* [81])

---

[78]) CONRADI, *loc. cit.* § 24, 25.

[79]) Confronta DIRKSEN, *loc. cit.* pag. 137 seg.

[80]) L. 1 Cod. *de sacros. ecclesiis* 1, 2, ovvero L. 4 Th. Cod. *de episcopis ecclesiis et clericis* 16, 2.

[81]) Maggiori particolari su questa raccolta vedansi in BIENER, *Geschichte der Novellen* (Storia delle novelle di GIUSTINIANO), pag. 173-179 n. V. Contr. pure pag. 597-601 n. 5. La nostra costituzione si trova qui nel cap. II in AUGUSTINUS, *Constitutionum graecarum collectio*, Opera Vol. II, p. 159 seg. Un estratto di essa si trova nel Nomocanone di FOZIO, tit. 2 cap. 1 e nella *Collectio constitutionum ecclesiasticarum* dello PSEUDO BALSAMONE. II, 26; in VOELL e JUSTELL, *Bibl. iuris canonici veteris* p. 1249.

L'imperatore dispone che quando sia istituito erede Cristo, per intero o per quota, senza nominare la chiesa o la cappella alla quale si riferisce l'istituzione, debba considerarsi istituita la chiesa del luogo nel quale viveva il testatore; lo stesso vale pei legati, i quali si attribuiscono alla chiesa per distribuirli a favor dei poveri [82]). Se è istituito un arcangelo, o un martire, senza determinazione della chiesa e si trova sul luogo o in vicinanza una chiesa in onore dell'istituito, si deve intendere onorata quella, altrimenti la chiesa dedicata all'arcangelo o al martire nella capitale della provincia, la *metropolis*, e se una tal chiesa neppure esista, la disposizione s'intende fatta a favore della chiesa del luogo dove il testatore aveva il suo domicilio. Questo vale soltanto pel caso che il testatore non abbia avuto di mira altre pie fondazioni, per es., un orfanotrofio, chè di solito simili istituti si dedicavano a un santo, circostanza che non occorre si rilevi dall' espressione letterale, ma da qualunque altro indizio del testatore. Se in quel luogo o nel distretto di esso vi siano più chiese alle quali potrebbe riferirsi la disposizione, l'istituzione o il legato vale per la chiesa alla quale il testatore abbia dimostrato maggiore affetto colle sue visite più frequenti o in altro modo. Se manca anche un tale indizio della sua probabile volontà è preferita la chiesa più bisognosa. Nella Novella 131 dell'anno 544 nella quale l'imperatore stabilisce l'ordine di precedenza fra i grandi vescovi e attribuisce

---

Confr. WITTE, *Die leges restitutae des Iust. codex* (Le « leges restituae » del codice di GIUSTINIANO) pag. 103; BIENER, *Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft* (Rivista di giurisprudenza storica) Vol VII, p. 255.

[82]) Queste parole lasciano incerto se la somma dovesse essere necessariamente spesa a tale scopo. Probabilmente si vuol dire soltanto che il patrimonio della chiesa serve principalmente a scopi di beneficenza, onde la cura delle elemosine è attribuita alla chiesa e gli stessi arredi sacri possono essere alienati e impegnati quando manchino denari per tal fine (L. 21 Cod. *de sacr. eccl.* 1, 1), nè ciò si deve limitare ai soli legati non ostante l' apparente diverso significato letterale, come giustamente interpreta anche l'AUGUSTINUS: « ea autem omnia deferentur ecclesiis ut in pauperum educationem distribuantur ». La traduzione del CONTIUS è più letterale e riferisce la disposizione circa l' impiego delle somme ai soli legati.

o conferma alle sedi l'esonero dalle imposte e da altri pesi insieme con altri privilegi, si trova anche ripetuta questa disposizione, almeno nei punti essenziali [83]). Questa identificazione della chiesa con il suo fondatore si trova anche nel diritto canonico, il quale designa i beni della chiesa come *patrimonium Christi* [84]) o con denominazione simile [85]) e il diritto dei papi concorda pienamente con le opinioni dei romani del tempo dell' impero cristiano nello stabilire che il patrimonio della chiesa debba servire principalmente al mantenimento dei poveri [86]). Con ciò è collegato il fatto che la cura delle elemosine e le istituzioni di beneficenza sono connesse nel modo più stretto colla chiesa e sono considerate come scopi meramente ecclesiastici. Quest'argomento però merita una trattazione più ampia [p]).

Noi troviamo nell'impero romano, specialmente nell'epoca cristiana, numerose istituzioni di beneficenza, come per esempio orfanotrofi, brefotrofi [87]), *gerontocomi*, cioè istituti per il ricovero di vecchi bisognosi di aiuto, *ptochotrophia*, ricoveri di poveri, nosocomii, ricoveri di ammalati, *xenodochia*, ospedali per il ricovero di malati stranieri [88]). Queste istituzioni, come in generale la cura

---

[83]) Nov. 131 c. 9. Quando alcuno, è detto, lasci un legato o una eredità al nome di Dio, o del nostro divin Gesù Cristo o di un santo, il legato o l'eredità spetta alla chiesa nel modo sopra determinato.

[84]) Così nel c. 16 X *de praebendis* 3, 5 e c. 34 *de elect.* in VI, 1, 6.

[85]) « Christi pecunias et ecclesiae ». C. 1. 6 C. XII q. 2. Confr. CONRADI, *Diss.* cit. § 30, Opuscula I, pag. 137.

[86]) C. 23 C. XII, q. 11; c. 66. C. XVI, q. 1 c. 2 X, *de rebus eccl. non alienandis* 3, 13.

[87]) Alla lettera, case per il ricovero e l'alimentazione dei fanciulli poveri. BRISSONIO, *de v. sign.*; DIRKSEN, *Manuale latinitatis fontium iuris Romani*, v. brophotrophium.

[88]) Dei molti testi dove questi istituti sono nominati cito qui L. 19 C. *de sacr. eccl.* 1, 2, L. 35, 32 Cod. *de ep. et cl.* 1, 3.

---

p) Per ciò che riguarda il diritto moderno può consultarsi sull'argomento della capacità di succedere della chiesa cattolica universale un bello ed erudito scritto dal SIMONCELLI pubblicato nel *Foro italiano* 1901, I, 307 come nota a una sentenza della Cassazione di Torino 19 luglio 1900. Così la suprema Corte torinese come il suo annotatore sono contrârii a tale capacità. Vedansi inoltre i numerosi scritti di civilisti e canonisti moderni che il SIMONCELLI cita.

dei poveri, appartenevano in certo modo alle chiese [89]), ed erano in generale soggette al vescovo del luogo e in particolare alla sorveglianza di speciali ufficiali, un *oeconumus*, un *orphanotrophos*, un *xenedochus*, ecc. [90]). Per ciò essi sono considerati sempre in connessione colle chiese e la disposizione a loro favore è trattata in modo come se fosse ordinata a favore della chiesa [91]), ed esse sono indicate come le chiese e i conventi con le parole *venerabilis domus* (σεβάσμιος οἶκος vedi nota 91). In ciò il diritto canonico concorda pienamente col diritto romano: gli ospedali e le altre simili fondazioni pie, sebbene abbiano le loro proprie dotazioni e i loro propri amministratori, sono in tutti gli altri riguardi collegati colla chiesa e soggetti alle autorità ecclesiastiche [92]). Questo non deve intendersi nel senso che essi non avessero personalità indipendenti e la loro istituzione equivalesse all' istituzione della chiesa. Qui le cose andavano probabilmente nello stesso modo che per le chiese singole nei loro rapporti colla metropolitana o col papa; ogni singola chiesa aveva col proprio patrimonio una vita propria indipendente, aveva speciale rappresentanza in giudizio e fuori di giudizio, poteva acquistare diritti ed esser gravata di obbligazioni, senza che ciò toccasse per nulla alle altre chiese; ma gl' interessi di tutte le chiese d'un luogo, d'una provincia, di tutta la cristianità cattolica erano difesi e sorvegliati dai capi della chiesa; il capo di una singola chiesa non poteva per ciò fare atto di disposizione o innovazioni sul patrimonio o sugli altri interessi della chiesa senza l' autorizzazione del superiore o il permesso per legge [93]).

---

[89]) Era fra gli obblighi della chiesa la cura dei poveri (L. 6 in f. Th. Cod. *de episc.* 16, 2), onde i beni della chiesa son designati anche come i beni dei poveri (*substantia pauperum*). Vedi i testi del diritto canonico citati alla nota 86.

[90]) L. 32, L. 35 C. *de episc. et cler.* I, 3 Nov. 59 c. 3.

[91]) L. 15, L. 17, L. 19, L. 22, L. 23, C. *de sacros. eccl.* (I. 2). L. 35, L. 46 C. *de episc. et cler.* (I, 3). Nov. 131, c. 10.

[92]) Cap. 3, X *de religiosis domibus, ut episcopis sint subjectae* (III, 36). Clem. 2 *eod.* (III, 11).

[93]) L. 14 C. *de sacros. eccl.* Nov. 120.

In una condizione simigliante si trovavano le pie fondazioni; ciascuna di esse aveva il proprio patrimonio, i propri capi o amministratori, e poteva come una persona giuridica concludere contratti e citare in giudizio, acquistare per donazione o per testamento, ma in tutti questi riguardi era soggetta alla tutela dei superiori [94]). La loro capacità di succedere non era soggetta ad alcun dubbio dopo riconosciuta quella delle chiese, perocchè anch'esse erano istituzioni dedicate al servizio divino (*venerabiles domus*) come le chiese, erano come queste dedicate a Gesù Cristo o ad un Santo, e ad esse eran collegate di regola opere di culto; infine la loro capacità è riconosciuta espressamente in numerose leggi.

Ma che cosa è da dire quando una disposizione testamentaria a scopi pii non si rivolga direttamente ad un istituto di tale specie già esistente? Bisogna distinguere due specie di tali disposizioni, le disposizioni che riguardano un' istituzione di beneficenza determinata, ma non ancora esistente, per esempio un orfanotrofio o un ospedale da erigersi, da quelle colle quali si vuole raggiungere soltanto un dato scopo generico di beneficenza, come per esempio nel diritto romano le disposizioni a favore dei poveri o dei prigionieri, cioè dei Cristiani prigionieri di guerra. S' intende da sè che in questa seconda ipotesi non è il complesso dei poveri di un dato paese, nè sono i concittadini prigionieri i subietti della istituzione, altrimenti anche in un ospitale si dovrebbero considerare subietti gli ammalati ivi ricoverati [95]). Se circa la validità di queste disposizioni nascono dei dubbi essi non han nulla a che fare colla questione se possano le persone giuridiche essere validamente istituite eredi. In altre parole se la questione non sorgesse

---

[94]) L. 17 Cod. *de sacr. eccl.*, 1, 2. Gli amministratori di questo istituto sono qui paragonati ai tutori e ai curatori di minori. I dubbii che si sono elevati. in occasione delle liti sulle due eredità Staedel e Blum, contro la personalità indipendente delle singole istituzioni di beneficenza, saranno esaminati più oltre.

[95]) Confr. il mio Parere sul caso Staedel, pag. 70 e NORTHOFF, *Die Gültigkeit der Erbeseinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung* (Validità dell' istituzione di erede di un' opera pia da fondarsi) pag. 38, 45.

qui che sulla personalità giuridica, come se per es. il testatore avesse istituito per il raggiungimento del suo scopo una speciale fondazione, la capacità di essa non potrebbe dopo COSTANTINO dubitarsi, ben inteso nel presupposto che vi sia stato il loro riconoscimento pubblico, perocchè tali fondazioni sono da considerare istituti puramente ecclesiastici. Ma il dubbio nasce su altri tre punti: 1.° può in generale ritenersi valida una disposizione generica a favore dei poveri o dei prigionieri? Il dubbio deriva qua dall'incertezza e indeterminatezza individuale dei subietti onorati, perocchè solo dopo la morte del testatore è possibile determinare a favore di chi andrà la sua disposizione e qui osta il principio della incapacità dell'*incerta persona*, prendendo queste parole nel senso che GIUSTINIANO ebbe dinnanzi agli occhi nella sua costituzione *de incertis personis* (vedi pag. 608 seg.). 2.° quali poveri, quali prigionieri sono indicati in tale disposizione? Deve ciò decidersi secondo il domicilio del testatore o anche secondo altri indizii? 3.° in qual modo deve realizzarsi la disposizione, quando il testatore non abbia dato determinazioni più precise?

Sul primo punto si ha già una decisione, per ciò che riguarda i poveri, in una costituzione degli imperatori VALENTINIANO e MARZIANO [96]):

« Id, quod pauperibus testamento vel codicillis relinquitur, *non ut incertis personis* relictum evanescat, sed omnibus modis ratum firmumque consistat ».

In simil modo si pronunciò l'imperatore per la liberazione dei prigionieri [97]):

« Nulli licere decernimus, sive testamento heres sit institutus, sive ab intestato succedat, sive legatarius vel fideicommissarius inveniatur, dispositiones pii testatoris infringere, vel improba mente violare, asserendo *incertum* esse legatum vel fideicommissum, quod redemtioni captivorum relinquitur, sed modis omnibus exactum pro voluntate testatoris piae rei negotio proficere ».

---

96) L. 24 Cod. *de episc. et cler*, 1, 3. La costituzione non ha *subscriptio*: la precedente dello stesso imperatore è dell'anno 452.

97) L. 28 pr. Cod. *de ep. et cler*, 1, 3. Anche questa costituzione è priva di *subscriptio*: l'imperatore Leone regnò dal 474 in poi.

Secondo l'estratto, certo non molto sicuro, del Nomocanone di Fozio [98]), la *const. de incertis personis* disponeva in modo generale che le disposizioni testamentarie a favore delle chiese o degli istituti di beneficenza o a scopo di redenzione dei prigionieri, o in generale pei poveri o pei prigionieri, dovessero essere adempiute secondo la volontà del testatore [99]). Secondo la superiore esposizione è molto probabile che l'imperatore qui non parlasse principalmente di disposizioni a favore delle chiese e di istituzioni pie come persone giuridiche, ma di disposizioni che per la natura loro o per espressa dichiarazione del testatore dovessero giovare soltanto a favore di singoli individui non ancora determinabili al momento: senza dubbio però qui si trovavano anche, come in talune altre costituzioni, disposizioni speciali pel caso che il testatore avesse lasciato qualche cosa ai poveri, agli ammalati, ai prigionieri, ecc. senza alcuna determinazione particolare sul modo di eseguire la sua disposizione, nel qual caso si distingueva se nel luogo del domicilio del testatore esistessero o meno istituzioni aventi tali scopi. Fozio, però, faceva anche qui una confusione di tutto e parlava di disposizioni dirette a favor delle chiese e delle altre fondazioni, la validità delle quali non era più soggetta ad alcun dubbio dopo Costantino. Comunque sia, è certo che Giustiniano dichiarò valide le disposizioni di ultima volontà a favore dei poveri e dei prigionieri, sia che riconoscesse con ciò quello che già da lungo tempo era ammesso, sia che ampliasse e completasse l'antico diritto. Questo ampliamento poteva forse consistere nel fatto che non solo dovesse d'allora in poi valere ogni disposizione a favore dei poveri, prigionieri, ecc., ma che anche questi potessero direttamente e propriamente esser nominati eredi. In

---

[98]) Tit. 2 cap. 1.

[99]) Secondo Contius (tit. Cod. *de incertis personis*) essa disponeva: « Dicit quoque ad extremum ea constitutio, quod si semel, aut annuum quid in pios usus relictum sit, aut ecclesiis, aut xenonibus, aut ptochiis, aut venerabilibus domibus, aut communi clericorum aut ad captivorum redemtionem, aut ipsis pauperibus, vel captivis, valeat defuncti voluntas ». Confr. A. Augustini, *Constit. graecar. collect*, Vol. II, p. 226.

altre leggi di GIUSTINIANO ciò è dichiarato espressamente [100]), ma ciò non prova che anche la costituzione *de incertis personis* non contenesse disposizioni simili, perchè nelle nuove leggi sono tutt'altro che rare le ripetizioni, massime in argomenti come questi, che stavano molto a cuore agl' imperatori cristiani.

Riguardo al secondo e terzo punto (a quali poveri si riferisca e come si debba eseguire la disposizione) nella citata costituzione di LEONE sulle disposizioni *pro redemptione captivorum* [1]) è determinato quante segue: Se il testatore abbia incaricato alcuno dell'adempimento della disposizione, questi può pretendere il lascito dall'erede ed è obbligato ad erogare la somma ottenuta secondo la volontà del testatore. In mancanza di tale incaricato è il vescovo del luogo dove il testatore nacque che deve gratuitamente curare l'adempimento della disposizione. Questi deve denunciare al protocollo del preside della provinria la somma ricevuta e dentro un anno rendere conto del numero dei prigionieri liberati e della somma pagata a titolo di riscatto. Se il testatore sia uno straniero e il luogo di sua origine sia dubbio è il vescovo del luogo della morte che deve pretendere il legato ed adempierlo, e se il testatore muore in campagna è il vescovo della città alla cui diecesi appartiene il luogo della morte. La L. 19 *Cod. eod.* di GIUSTINIANO si occupa del caso che siano istituiti eredi i poveri o i prigionieri; il suo contenuto sostanziale è il seguente. Se il testatore ha istituito i poveri o gli ammalati, senza indicazione di un determinato istituto dei poveri o di una determinata chiesa, o se egli ha istituito i prigionieri, il vescovo o l'economo del luogo

---

[100]) L. 40 pr. § 1 C. *de episc. et cler.* « Si quis quum desiderat totam suam substantiam pro redemtione captivorum relinquere, eos ipsos captivos scripserit heredes ne videatur, quasi incertis personis heredibus institutis, judicium suum oppugnandum reliquisse, sancimus, ejusmodi et talem institutionem pietatis intuitu valere. - Sed et si pauperes quidem scripserit heredes, et non inveniatur certum ptochotrophium, vel certae ecclesiae pauperes, de quibus testator cogitaverit, sed sub incerto vocabulo pauperes fuerint heredes instituti, simili modo et hujusmodi institutionem valere decernimus ».

[1]) L. 18 C. *de episc. et cler.*

dove il testatore era domiciliato in quest'ultimo caso, il capo dell'ospedale o del ricovero dei poveri nell'altro, debbono pretendere l'eredità (*hereditatem suscipiunt*) ed erogarla allo scopo determinato, intentano perciò le azioni ereditarie e possono alla lor volta esser convenuti da tutti coloro che hanno azioni contro l'eredità senza che possano però detrar la Falcidia. Se nel domicilio del defunto vi ha più di un ospedale o di un ricovero di poveri, l'eredità spetta al più bisognoso, se invece non vi ha alcuna fondazione della specie il vescovo o l'economo pretendono l'eredità e la erogano, sempre senza detrar la Falcidia, a favore dei poveri e dei bisognosi del luogo [2]). Lo stesso vale anche pel caso che il testatore abbia istituito una data chiesa o fondazione pia; si considera erede questa colle particolari determinazioni sopra esposte.

Nella Novella 131, cap. 11 si trova una sostanziale ripetizione di queste disposizioni colle seguenti aggiunte: Quando l'erede istituito sia gravato di un legato pei poveri o per la liberazione dei prigionieri, o anche l'eredità sia lasciata a un terzo per tali scopi, essa deve andare alla persona nominata, ma anche in questo

---

[2]) Sul punto di sapere quali prigionieri debbano essere liberati, quando il testatore non abbia precisato maggiormente la sua volontà, non si trova mai una disposizione chiara. La costituzione sopra citata (L. 49 Cod. *de episc. et cler.* 1, 3) parla al § 1 del solo caso che il testatore « captivos scripserit heredes civitatis in qua testator larem favere ac degere noscitur ». Si deve per ciò ritenere che una istituzione dei prigionieri non valga se non quando il testatore abbia istituito i prigionieri propri concittadini? No, certamente, perchè in altri testi, per es. nella Novella 131 c. 11, le disposizioni anche generalissime per la liberazione dei prigionieri sono dichiarate valide. La disposizione della L. 49 § 1 adunque esprime soltanto il concetto che se il testatore abbia determinato a quali prigionieri era diretta la sua disposizione quella determinazione debba essere rispettata; altrimenti si procederà per analogia come nel caso di disposizioni a favore dei poveri. Ciò perchè la redenzione degli schiavi cristiani era non meno della cura dei poveri fra gli obblighi dei capi delle chiese i quali a questo scopo dovevano spendere non solo il patrimonio delle chiese stesse, ma anche ciò che essi avevano acquistato in proprio durante lo stato ecclesiastico. L. 21 Cod. *de sacros. ecclesiis* 1, 2, Nov. 120 c. 10, Nov. 131 c. 18. Una trattazione più minuta di questo argomento mancherebbe d'interesse pratico.

caso il vescovo o il suo economo deve curare che tutto sia fatto secondo la volontà del testatore, anche se questi avesse vietato che il vescovo se ne immischiasse. Se poi l'erede sia stato due volte invitato invano all'adempimento del suo obbligo, egli perde tutto ciò che gli è stato lasciato e il vescovo riceve il patrimonio lasciato dal testatore a scopo pio, coll'obbligo di adempiere le disposizioni testamentarie; che se poi anch' egli sia inadempiente sottentra il metropolita [3]). Nel seguente capitolo 12° è stabilito ancora che se per la dichiarazione dell'erede il lascito non basti per l'adempimento del pio scopo, il vescovo debba spendere quello che c'è per quello scopo e l'erede poi non abbia più il diritto di detrar la Falcidia [4]).

Da quello che abbiamo detto fin qui appare dunque chiaro, che i poveri e i prigionieri possono essere istituiti validamente eredi, ma spetta alla chiesa di esercitare i diritti e di adempiere gli obblighi dell'erede, mancando però ad essa il diritto di detrarre la Falcidia, perocchè, dice l'imperatore, il testatore ha istituito eredi i poveri appunto per evitare che l'eredità vada a loro diminuita dalla detrazione e questo è anche, per quanto egli dà a conoscere, il motivo per il quale la legge ritiene valide simili istituzioni [5]). Ma la facoltà del testatore di vietare la detrazione della Falcidia fu introdotta per la prima volta soltanto dalla Novella I, C. 2° e così venne anche ad essere meno in uso il sistema di istituire direttamente i prigionieri e i poveri [6]). Dopo che il

---

[3]) Confr. MAREZOLL, *Zu der Lehre von der Legaten ad pias causas* (Sulla dottrina dei legati ad pias causas) § 4 nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile) Volume V, pag. 84-87.

[4]) MAREZOLL, *loc. cit.* § 5, pag. 88-94.

[5]) L. 49 C. *de episc. et cler.* « Si quis *ad declinandam legem Falcidiam*, — quam desiderat, totam suam substantiam pro redemtione captivorum relinquere, etc. » (pr.) — — « Si enim propter hoc *a speciali herede recessum est* (cioè l'istituzione di una persona determinata individualmente è stata evitata dal testatore e il legislatore ha concesso l' istituzione di una *persona incerta*) ut non Falcidiae ratio inducatur, quo modo ferendum est hoc, quod in sacrum venerit, per Falcidiam vel alia occasione minui? »

[6]) MAREZOLL, *loc. cit.* pag. 80.

testatore poteva proibire la detrazione della quarta l' ammissione di tali istituzioni d'erede non rappresentava più alcun vantaggio e d' allora in poi dovette per ciò essere istituita la chiesa o l'istituzione avente la cura dei poveri con l'onere di spendere il patrimonio per la cura dei poveri stessi o per il riscatto dei prigionieri. Tuttavia non si può ritenere che mediante la ammissibilità di quel divieto sia stata abolita la facoltà di istituire direttamente quegli eredi, così come pel privilegio comunemente ammesso delle pie cause non può ritenersi abolita la facoltà di prestare i legati senza la detrazione della quarta Falcidia [7]). La legge ha

[7]) Questo preteso privilegio non si può a rigore argomentare da nessuna disposizione, salva l'autentica *similiter* Cod. *ad legem Falcidiam* 6, 50, che è quanto dire l'opinione della Glossa e della pratica; in teoria però io debbo dichiararmi ad essa contrario. Infatti la L. 49, § 2, 4, 6, 7 Cod. *de episc. et cler.* 1, 3, che s'invoca anche di solito, non parla già di legati a favore di pie fondazioni, ma di istituzioni d'erede e stabilisce soltanto che il vescovo o l'economo sostituito insieme come erede non possa guadagnar nulla e non abbia neppur diritto di detrarre la Falcidia, essa presuppone pertanto che i legati *ad pias causas* siano regolarmente soggetti a tale detrazione (vedi il mio parere sul caso Staedel, pag. 285, nota 209. Marezoll, *loc. cit.* pag. 80); ma anche la Nov. 131 cap. 12 su cui si fonda l'autentica suindicata a parer mio è piuttosto un argomento contario che favorevole a tale privilegio. Perocchè se anche si ammette che la Novella non ordini la perdita della quarta propriamente come pena per l'erede, che non adempie i legati ad *pias causas* sotto il pretesto che l'eredità non è sufficiente per ciò (Vedi Marezoll, *loc. cit.* pag. 88-90), in ogni caso la connessione della prescrizione legislativa è senza dubbio questa: se il testatore non istituisce direttamente la fondazione, ma un terzo coll'obbligo di spendere l'eredità o il legato per uno scopo pio, e l'erede si rifiuta di adempiere l'ultima volontà affermando, in buona fede o no, poco importa, che l'eredità non basta ad adempier lo scopo voluto dal testatore, il vescovo deve curare egli l'adempimento di tale scopo, ma l'erede perde il diritto di detrarre la Falcidia. In tal modo la regola che anche dai legati pii si possa detrar la Falcidia viene ad essere nuovamente riconosciuta, perocchè la perdita di quel diritto si fa dipendere dal supposto che l'erede si rifiuti all'adempimento, onde a me pare ne consegua in modo evidente che se egli non si rifiuta quel diritto gli rimane. Tuttavia anche il più recente scrittore su questa questione difende l'opinione comune, pur concedendo che l'interpretazione letterale della legge conduce a un altro risultato. Marezoll, *loc. cit.* pag. 94 seg. Una semplice argomentazione dal così detto spirito della Novella (Marezoll, pag. 96) non è

stabilito una volta per sempre che l' istituzione dei poveri deve ritenersi efficace e questo principio non può più negarsi. Ma chi è qui il vero erede? Si può dire che erede sia l' istituto che ha la cura dei poveri o la chiesa coll' obbligo però di spendere il patrimonio per lo scopo voluto dal testatore, oppure questi non debbono piuttosto considerarsi come i rappresentanti dei poveri stessi? Se si guarda alla dichiarazione del legislatore che questa via fu scelta allo scopo che il patrimonio potesse essere adoperato tutto quanto senza detrazione pel fine voluto dal testatore è certamente più logico dichiarare eredi quelli che sono stati nominati dal testatore e considerare la chiesa o l' altra simile istituzione come la rappresentante degli eredi [8]).

Anche l' applicabilità odierna di questo diritto almeno per ciò che riguarda l' istituzione a favore dei poveri, è cosa indubitata e nulla si può opporre alla stessa applicazione di ciò che è stato determinato circa l'ingerenza delle chiese. Perocchè sebbene alle chiese e ai loro capi non incomba più l' obbligo preciso di curare il mantenimento dei poveri e di spendere a tale scopo i beni stessi della chiesa, non è certamente estraneo al nostro tempo il concetto che la spesa per elemosine sia molto strettamente collegata cogli scopi della chiesa, e a provarlo basta il gran numero di beneficenze che si fanno pervenire ai poveri per organo dei predicatori. Se alcuno lasciasse il suo patrimonio ai poveri mediante testamento colla dichiarazione espressa che i sacerdoti in certo luogo o in determinato comune dovessero curare l'adempimento della sua volontà, non si potrebbe facilmente dubitare della validità di simile disposizione. Ora perchè non dovrebbe anche senza una espressa disposizione del testatore eseguirsene la volontà come la legge ha disposto? Del resto dove si trovino istituzioni

---

però sufficiente per ammettere contro il significato delle parole l'esistenza di una singolarità. Ma qui non è il luogo di un esame più minuto della questione.

[8]) Il contrario è ammesso dal NORTHOFF, *loc. cit.* pag. 45-46. Ma ciò non deve considerarsi indifferente, come apparirà dalla trattazione che seguirà sul diritto di rinunciare a una simile eredità.

a favore dei poveri formalmente costituite e separate dalla chiesa, come è normalmente il caso, esse sono per la stessa disposizione letterale del diritto romano da preferirsi alle chiese. Quando pertanto il testatore istituisca i poveri senza alcuna determinazione più precisa si deve ritenere istituito l'istituto del suo domicilio, il quale avrà l'obbligo di spendere il suo patrimonio per i poveri; se vi siano parecchi istituti della specie e non appaia dal testamento nè da altre circostanze a quale di essi sia da riferire la disposizione questa andrà a beneficio del più povero [9]) e in caso di uguaglianza di condizioni si dividerà fra tutti gli istituti del luogo.

Per ciò che riguarda il modo di erogare il patrimono il diritto romano parla di una distribuzione fra i poveri o gli ammalati [10]). È possibile che ciò s'intendesse alla lettera e che si partisse dal concetto, che l'istituzione dei poveri o degli ammalati fosse da parificare a quella dei singoli membri di una corporazione, anzi questo concetto sembrerebbe fondato in una certa conseguenza logica, perchè il complesso di tutti i poveri o di tutti gli ammalati di un luogo non può considerarsi come una persona giuridica e la disposizione testamentaria a favore dei singoli poveri esistenti al dì della morte del testatore è della stessa specie di quella a favore dei singoli membri di un collegio esistente a quel giorno. Per questo concetto sembra anche militare il fatto che secondo quanto abbiamo detto sopra, la costituzione *de incertis personis* si occupava soltanto della questione se fosse valida una istituzione il cui subietto particolare non si potesse determinare al momento della confezione del testamento.

Tuttavia una distribuzione vera e propria dell'eredità fra i poveri sarebbe stata nella maggior parte dei casi inopportuna e

---

[9]) L. 49, § 5 C. *de episc. et cler.* (« tunc in xenoni vel ptochotrophio, qui pauperior esse dignoscitur, easdem res vel pecunias assignari censemus, hoc videlicet disentiendo a vivo reverendissimo locorum antistite et sub eo constitutis clericis »). Vedi Stryk, *Cautelae testam.*, cap. XVI, § 21; Mio parere nel caso Staedel.

[10]) L. 49, § 3, 6 C. *de episc. et clerc.* Nov. 131, c. 11.

contraria alla stessa volontà del testatore, e la parola *distribuere* d'altronde si può intendere in senso assai generale come erogazione a favore dei poveri e degli ammalati, pel quale senso stanno anche le parole *ut in aegrotantes consumatur* [11]). Si può perciò dire senza esitanza che se siano istituiti i poveri l'eredità va all'istituzione esistente nel loro interesse per essere spesa nei modi corrispondenti allo scopo della istituzione stessa.

L'istituto può rifiutare il lascito fatto a favore dei poveri? Se si parte dal concetto secondo noi esatto che non l'istituto o la chiesa, ma i poveri stessi siano da considerare come gli eredi istituiti, dobbiamo senz'altro rispondere di no. L'accettazione o rifiuto non dipende, a dir vero, dall'arbitrio dell'istituto, neppure quando l'onorato sia questo come persona giuridica [12]), perchè il diritto romano e il diritto canonico pongono simili istituti sotto la tutela delle chiese [13]). E attualmente sono il più spesso sottoposti ai magistrati governativi della regione o dello Stato, di maniera che i capi di essi non hannó la facoltà di decidere a proprio arbitrio sopra l'accettazione e la rinuncia di donazioni, eredità o legati, come non potrebbero compiere alienazioni o trasformazioni. Ma nessuno potrebbe invece dubitare che si possa col concorso dell' autorità superiore rinunciare senza che quelli a favore dei quali l'istituto esiste (i poveri, gli ammalati, ecc.) abbiano alcun diritto di fare opposizione. Diversamente vanno le cose nel caso nostro. Il testatore ha istituito i poveri del luogo: questi sono rappresentati dall' istituto del luogo o dalla chiesa, ma nessuno può toglier loro arbitrariamente il loro diritto. Una difficoltà per l'applicazione si riscontra nel fatto che il subietto non si può individualizzare nè come *corpus*, ossia come persona giuridica, nè come singolo; i poveri non potrebbero far valere i loro diritti e

---

[11]) L. 49, § 4, C. *de episc. et cler.*

[12]) Se essa non avesse personalità giuridica, come può ammettersi per le congregazioni di poveri esistenti in alcune città, anche l'istituzione della fondazione si dovrebbe considerare istituzione dei poveri.

[13]) L. 35, L. 46, L. 49 C. *de episc. et cler.* Nov. 131, Cap. 10 seg Tit. *decretal.* (III, 36) et Clem. (III, II) *de religiosis domibus, ut episcopis stat. subjectae.*

adire l'eredità come *universitas personarum* e neppure ciascuno per sè come subietto singolo onorato. Ma simili difficoltà nell'applicazione pratica si troveranno sempre ogni qualvolta si tratti di concetti giuridici anomali, ed è appunto una delle più grandi anomalie questa, che possa essere istituito un complesso di subietti che non si deve considerare nè come persona giuridica nè come la somma di individui singoli, com'è pure anomalo che persona diversa dall'erede istituito abbia da adempiere le obbligazioni di un erede. Tutto ciò però non muta per nulla la natura e l'essenza del diritto stesso. Già il diritto romano ha preso in considerazione il caso che la persona incaricata o anche il vescovo del luogo trascurino di adempiere l'ultima volontà del testatore; in tal caso il metropolita deve farne le veci e in mancanza di questo anzi chiunque altro può immischiarsi della cosa per ottenere che il lodevole scopo del testatore sia raggiunto [14]).

Ciò deriva in diritto attuale anche da un'applicazione letterale della regola per la quale se l'istituito o il vescovo del luogo rifiuti di accettare l'eredità e di erogarla allo scopo determinato sottentra l'autorità superiore, e se anche questa manchi, a qualunque cittadino è concesso di provocare con mezzi leciti, quali la denuncia all'autorità superiore dello Stato o la citazione in giudizio, l' adempimento della volontà del testatore.

È arbitraria però l'opinione di alcuni giuristi secondo la quale l'istituzione di Gesù Cristo, di un arcangelo o di un santo dovrebbe sempre considerarsi istituzione dei poveri [15]). A questa opinione hanno dato origine le dichiarazioni delle nostre fonti, che la Chiesa debba spendere il proprio patrimonio per i poveri, onde nel diritto canonico tale patrimonio è anche detto il patrimonio dei poveri [16]). Ma non per questo la Chiesa cessa di essere il vero subietto di quel patrimonio, e perciò bisogna restar fermi alla disposizione del diritto romano secondo la quale una tale istituzione d' erede

[14]) Nov. 131, cap. 11 in f.

[15]) *Sim. a* Groenewegen, *Tr. de legibus abrogatis et inusitatis in Hollandia vicinisque regionib.* ad Leg. 26 C. *de sacros. eccles.* pag. 388. *Jo.* Voet, *comment. ad Pand.* Tit. de hered. inst. § 4.

[16]) Vedi le note 86 e 89 del precedente centinaio.

deve riferirsi alla Chiesa dedicata al Salvatore o al santo, e se una tal Chiesa manchi nel domicilio o nel paese del testatore alle altre chiese [17]).

Volgiamoci ora alla questione non ancora trattata circa le disposizioni testamentarie a favore di una Chiesa e di altra fondazione pia non ancora esistente. Molto spesso si afferma che una pia causa possa essere istituita immediatamente col testamento. Prima di venire ad una trattazione particolare di questa questione e dei punti collegati con essa, sarà necessario considerare il contenuto dei testi che ad essa si riferiscono. Si è prima di tutti invocata la L. 46 (45) Cod. *de episcopis et clericis* 1, 3, la quale conterrebbe la chiara disposizione che la fondazione di una pia causa sia possibile immediatamente col mezzo di una istituzione di erede o col lascito di un legato [18]). Questo testo appartiene a quelli riprodotti anche dalla *Collectio* cap. XXV [19]) e non può perciò

---

[17]) L. 26 Cod. *de sacros. ecclesiis*, 1, 2, Nov. 131, cap. 8. Il Groenewegen, *loc. cit.* ad L. 15 Cod. *de sacr. eccl.* pag. 387, adduce anche, per l'Olanda e pei paesi Calvinisti in generale, il motivo che l'adorazione e l'invocazione dei Santi sia incompatibile coi principii religiosi ivi accolti. Ma la validità di tali istituzioni di erede non ha nulla a che fare con ciò; presso i Luterani, come presso i Cattolici, le chiese sono dedicate il più spesso a determinati santi, ma quando un seguace delle dottrine di Calvino istituisce la chiesa, per l'analogia delle disposizioni del diritto romano si deve, non ostante quelle dottrine, ammettere che sia stata istituita la chiesa della comunità alla quale egli apparteneva.

[18]) Quest'opinione è espressa specialmente negli scritti apparsi in difesa della validità del testamento Staedel: vedi Zachariæ, *Ueber das Städelsche Kunstinstitut zu Frankfurt betreffenden Rechtsstreit* (Sulla lite intorno all'istituto artistico Staedel in Francoforte), dagli *Jahrbücher der Literatur* (Annali di Letteratura di Heidelberg), Heidelberg 1827, pag. 20; Droste, *Rechtfertigung des von der Bremer Juristenfacultät*, ecc. (Giustificazione della sentenza data dalla facoltà giuridica di Brema sulla questione dell'istituto artistico Staedel in Francoforte sul Meno), Bonn 1827, pag. 38 e altri scrittori che citerò più oltre.

[19]) N. 46. Su ciò e su altre nuove fonti greche che riferiscono per estratto la costituzione vedi Witte, *Die leges restitutae* (Le leges restitutae del Codice di Giustiniano) pag. 109 e pag. 201. Biener, *Zeitschrift für gesch. R. W.* (Rivista di giurisprudenza storica) VII, pag. 259 seg.

esser ritenuta di applicazione pratica immediata. Tuttavia noi vogliamo fare astrazione da ciò e ritenere come fonti di diritto vigente quelle a cui attinsero gli autori della *Collectio*. Secondo la rubrica riferitaci dal BIENER come tratta dal BANDINI [20]), il testo trattava di un mandato agli eredi di erigere una tale istituzione e a questo corrisponde anche il contenuto, che è essenzialmente il seguente: se alcuno fa una disposizione a scopo pio [21]) mediante istituzione di erede o lasciando un legato o con una *mortis causa donatio*, gli eredi debbono adempiere l'incarico e se si rifiutino il vescovo deve curare lui l'adempimento. Se la disposizione ha per oggetto la fondazione di una chiesa, ciò deve avvenire entro i tre anni, se la fondazione di uno ospedale, dentro un anno; nell'intervallo si può affittare un edificio per il ricovero degli ammalati. Se la disposizione è diretta ad altri scopi pii, l'adempimento deve avvenire subito dopo l'apertura del testamento e l'accettazione dell'eredità. Se questi termini siano trascorsi senza che gl'incaricati facciano ciò che debbono, nè vi sia un capo dell'istituto che possa pretendere l'adempimento, ciò spetta al vescovo il quale deve curare la costruzione della chiesa o del ricovero di poveri, di orfani, o di ammalati, in una parola fare tutto ciò che occorre per l'adempimento della volontà del testatore. Egli deve per ciò anche nominare gli amministratori della fondazione, ma gli eredi non devono più immischiarsene. Del resto anche il preside della Provincia può costringere gli eredi all'adempimento del mandato e se il testatore stesso abbia nominato gli amministratori della fondazione, anche in ciò la volontà sua deve essere adempiuta: il vescovo in questo caso non deve amministrare egli stesso, ma sorvegliare l'amministrazione e allontanare gli amministratori trascurati o infedeli. Solo adunque se il testatore non abbia nominato

---

[20]) BIENER, *Geschichte der Novellen Justinians* (Storia delle Novelle di GIUSTINIANO) pag. 598, n. VIII.

[21]) La traduzione letterale suona così: *si quis . . . piam fecerit dispositionem* », ma ciò congiunto con quanto segue significa soltanto: « se alcuno fa una disposizione pia nel modo determinato più oltre », non già, come traduce lo ZACHARIÆ, loc. cit. « se il testatore fa una fondazione pia ».

alcun amministratore e gli eredi non se ne curino, deve il vescovo assumere egli la cura dell' amministrazione nominando per ciò, come si è detto, gli amministratori. L' erede inadempiente deve restituire i frutti, le usure e gli altri accessori dal momento della morte del testatore; s'intende poi che tutto ciò che si è detto dell'erede vale anche pel caso che l' incaricato della fondazione sia un legatario. Se anche il vescovo trascuri di adempiere il suo dovere l'esecuzione della volontà del testatore spetta al metropolitano o all' arcivescovo e infine a qualunque cittadino [22]). Disposizioni simili si trovano anche nella Novella 131, capo 10-12 soltanto con alcune modificazioni non sostanziali fra cui quella che la costruzione eventualmente imposta di un oratorio debba aver luogo entro i cinque anni.

Dobbiamo ora ricercare più propriamente: 1.° fino a qual punto le leggi permettano la fondazione di pie cause mediante disposizioni di ultima volontà; 2.° se le disposizioni di legge debbano riferirsi a tutte quelle istituzioni che i moderni chiamano *pia causa* o *pium corpus*. Infine seguirà un esame dei due testamenti venuti famosi negli ultimi tempi, il testamento di Staedel in Francoforte sul Meno e quello di Blum in Hildesheim.

Dobbiamo dunque esaminare la questione circa la possibilità di fondare un *pium corpus* mediante testamento. Abbiamo visto che secondo il diritto romano non solo sono valide le disposizioni testamentarie per scopi pii o benefici, ma anche un semplice scopo di beneficenza può essere il subietto di una istituzione in erede. Il testatore può in ogni caso essere anche il fondatore di un istituto che serva a questi scopi. Ma ben diversa è la questione se un tale istituto acquisti personalità giuridica per la semplice disposizione testamentaria, o se non sia anche necessario il riconoscimento e la conferma per parte dello Stato.

---

[22]) Da ciò segue una serie di altre disposizioni (per esempio nel § 7 questa: che coloro i quali non ottemperino all'invito di adempiere debbano pagare il doppio (MAREZOLL, *Zeitschrift ecc.* (Rivista di diritto e procedura civile) V. pag. 80), delle quali ci dovremo in parte occupare in seguito. Qui non ci interessa, che quanto ne abbiamo riferito nel testo.

Negli scritti dei giuristi, e in particolare dei civilisti, molto di rado si parla delle *piae causae* e delle altre istituzioni di pubblica utilità. Di solito quelli si limitano, per questo come per varî altri concetti, a riferire i principii tacitamente riconosciuti e seguíti da tutti. Soltanto nei tempi più recenti gli autori dei trattati e dei manuali giuridici hanno cercato di ottenere una maggiore completezza del sistema, facendo trovar posto in questo a tutti i principî di diritto, anche a quelli seguíti comunemente nella pratica senza essere stati insegnati nella scuola. Nello stesso tempo si manifestò anche la tendenza a volere spiegare tutte le dottrine sulla base di fonti sicure, il che dette origine anche a molti dubbi teorici e a molte limitazioni riguardo a ciò che da lungo tempo era stato ammesso nella pratica come verità incontrastata. Così si arrivò, nei nuovi trattati pratici di diritto civile, al risultato che tutte le persone giuridiche, e quindi anche le istituzioni designate col nome di *pia corpora*, richiedessero per la loro esistenza legale l'autorizzazione dello Stato o il riconoscimento legislativo e che solo le istituzioni di beneficenza potessero essere fondate per testamento [1]. I testi stessi, su cui si fondava quest'ultima modificazione, non furono però sottoposti ad un esame più preciso finchè non nacque la nota questione sulla validità del testamento Staedel. In questa occasione vennero alla luce le teorie più disparate. Da un lato si sostenne che la necessità dell'autorizzazione suprema per la fondazione di persone giuridiche per scopi leciti non fosse fondata sulla legge nè sulla pratica, talvolta esprimendo questa affermazione in modo del tutto generale, talvolta in modo più limitato, nel senso cioè che si potessero fondare per testamento, mediante l'istituzione d'erede, tutte quelle fondazioni che sogliono designarsi oggi come *pia corpora* in senso ampio [2]. D'altro lato invece si è cercato di dimostrare

[1] Vedi Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune secondo Heise), libro I § 106 della 1.ª edizione, e le due prime edizioni della mia *Doctrina Pandectarum*, § 1231, n. 5.

[2] Quest'opinione è difesa nella sua forma più larga dall'Elvers, *Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit ecc.* (Dissertazioni sul tema della capacità testamentaria, in particolare sulle per-

che le persone giuridiche non possono ottenere esistenza legale se non mediante autorizzazione legislativa o amministrativa e che per conseguenza le pretese eccezioni della L. 46 Cod. *episcopis et clericis* 1, 3 e di altri testi non siano mai esistite [3]). Questa opinione è già stata difesa nel presente *Commentario* [4]), ed ora deve essere semplicemente giustificata partitamente.

Personalità, che è quanto dire capacità di diritti, è un concetto giuridico. All'autorità dello Stato importa per ciò di determinare tanto le condizioni sotto le quali la personalità deve essere riconosciuta, quanto l'ampiezza dei diritti che da questa derivano. Quel concetto però è anche naturalmente e, quasi direi, necessariamente collegato con quello di uomo singolo: persona è ogni uomo che possa pretendere la capacità giuridica civile. Il concetto di una personalità ideale o giuridica riposa su una astrazione: è un concetto finto e traslato. Il diritto romano indica ciò chiaramente quando dà a vedere, mediante il confronto con un uomo fisico, che anche una pluralità di persone può costituire un unico subietto di diritti: *magistratus municipales cum unum magistratum administrent etiam unius hominis vicem sustinent* [5]). Da ciò s' intende che le condizioni sotto le quali può essere riconosciuta una personalità giuridica, dipendono dal *ius publicum* non meno di quelle della personalità fisica; in altre parole, la creazione di una persona giuridica non può essere effetto

---

sone giuridiche), Gottinga 1827, pag. 159-205, e, in occasione della lite sul testamento Blum, dal NORTHOFF, *Die Gültigkeit der Erbeinsetzung einer zu errichtenden milden Stiftung* (La validità dell'istituzione in erede di una fondazione pia erigenda), Gottinga 1733, pag. 105 seg.

[3]) Questo è il risultato cui giungo nel mio parere sul caso Staedel pubblicato ad Halle 1828 e riferito brevemente nelle *Pandekten* (Pandette) Vol. I § 201 n. 5, 2. ediz. Per questa opinione si pronunciano senza riserve il parere della facoltà di Kiel, pag. 18, e quello della facoltà di Gottinga, § 8 pag. 19 seg., sul medesimo caso. Concordano poi in sostanza MACKELDEY, *Lehrbuch* (Trattato di diritto romano) § 145 nota 6 e THIBAUT, *System des Pandectenrechts* (Sistema delle Pandette) Vol. I § 130, 8. edizione.

[4]) Vedi sopra 605 seg.

[5]) L. 25 D. *ad municipalen*, 50, 1. Confr. sopra 610 seg.

del semplice arbitrio privato più che l' accoglimento di un non cittadino fra i cittadini e in generale la determinazione dei diritti di cittadinanza [6]). Non è necessario d'altronde che la personalità sia concessa con uno speciale atto di governo; può essere anche stabilito in precedenza che un' associazione di persone diretta a determinati scopi, o anche, senz'altro, certe determinate disposizioni della privata volontà abbiano i diritti di una persona. Tuttavia per ciò che noi abbiamo premesso si dovrà riconoscere che una tale autorizzazione precedente debba ammettersi solo quando sia fondata su di una disposizione di legge chiara e indubitata; in altre parole, non solo occorrerà che certe associazioni siano lecite o che un determinato scopo voluto da un privato possa avere un effetto riconosciuto dalla legge, ma anche che la legge attribuisca a questi il valore di subietti esistenti indipendentemente, tutelandoli come tali.

Le più antiche specie delle persone giuridiche ammesse tra i romani con carattere di persone di diritto privato furono le unioni e le associazioni di singole persone a scopi determinati, di solito religiosi, *personarum universitates, corpora, sodalitates, ecc.* [7]).

---

[6]) La generale accoglienza che di questi principii fanno anche coloro che ritengono possibile, secondo il nostro diritto positivo, una costituzione autonoma per atto privato di una persona giuridica è da considerarsi come una testimonianza non disprezzabile per la verità loro. Così il NORTHOFF, *loc. cit.*, pag. 93, si esprime in proposito nel seguente modo: « affinchè un *quid* possa valere nello Stato come persona o subietto di diritti, è necessaria la concessione o il riconoscimento di questa qualità per parte dello Stato. Per diritto positivo non esiste subietto di diritti senza che il medesimo sia stato riconosciuto come tale dallo Stato, dalla volontà generale della società civile o dall'organo mediante il quale questa volontà si manifesta in modo legittimo. *Questo principio si applica così alle persone fisiche come alle giuridiche.* — — — L'uguaglianza dell' oggetto richiede anche necessariamente uguaglianza giuridica dei presupposti ». Confr. il mio citato *Parere*, pag. 148, 151-156.

[7]) Vedi DIRKSEN, *Ueber den Zustand der iuristischen Personen nach R. R.* (Sulla condizione delle persone giuridiche secondo il diritto romano) nelle sue *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile) Vol. II diss. I pag. 4 seg.

Secondo le ricerche del DIRKSEN [8]) la condizione fondamentale d'esistenza di una corporazione era la solennità comune di determinati *sacra*, colla quale erano consacrate dallo Stato le società anche non religiose; questo era il segno di riconoscimento esteriore di una tale comunità, ma era anche il segno di una comunità semplicemente permessa dallo Stato. Infatti, oltre la concessione dei *sacra* comuni occorreva per queste associazioni una speciale concessione o riconoscimento dello Stato affinchè esse potessero valere come persone giuridiche. Tale riconoscimento era già avvenuto per molte corporazioni fin dai tempi preistorici; le associazioni nate più tardi si servirono però spesso della concessione dei *sacra* per attribuirsi anche senza speciale autorizzazione i diritti propri di una corporazione. Un senatusconsulto della fine del VII secolo dalla fondazione della città proibì tutte le associazioni non espressamente autorizzate e questo divieto fu spesso rinnovato in seguito, non senza qualche eccezione però. A ciò si riferisce il testo già sopra citato del Commentario di GAIO all'editto provinciale [9]), dove il giureconsulto espone dapprima la regola sopra enunciata con le parole seguenti: « Neque societas, neque collegium, neque huiusmodi corpus passim omnibus haberi conceditur; nam et legibus et senatusconsultis, et principalibus constitutionibus ea res coercetur ». Egli segue poi che soltanto a poche associazioni è concesso il diritto delle corporazioni. Ma ciò non significa che vi siano poche associazioni o corporazioni col carattere di persona giuridica, bensì che solamente a poche associazioni le leggi concedono preventivamente i diritti delle corporazioni, ciò non escludendo che vi siano in Roma e nelle provincie varie corporazioni a cui è concessa una ricognizione speciale:

« Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora, ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere, vel aurifodinarum, et salinarum [10]). Item collegia Romæ certa sunt,

---

[8]) DIRKSEN, *loc. cit.*, pag. 5-47.

[9]) L. 1 pr. § 1 Dig. *quod cuiuscumque univers.* 3, 4.

[10]) Alle associazioni costituite per tali scopi vengono adunque concessi in precedenza i diritti delle persone giuridiche.

quorum corpus senatusconsultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum [11]), et quomodam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt ».

Del resto erano escluse dal divieto almeno le *coitiones religionis causa* quando non avessero per oggetto *sacra* vietati [12]).

Questo a un dipresso è il resultato della trattazione del DIRKSEN sul fondamento della personalità giuridica nel diritto romano. Noi possiamo tralasciare di occuparci di ciò che è detto sopra circa il rapporto dei *sacra* e in particolare sulla questione se la concessione erpressa dei *sacra* non fosse anche una autorizzazione formale per una associazione ad esistere come corporazione. L' opinione di questo scrittore, che senza pubblica autorizzazione non potesse costituirsi una persona giuridica, trova tuttavia una conferma sufficiente nei motivi per ciò addotti e in particolare nel testo di GAIO testè spiegato. È indifferente anche se la notizia dataci da esso che certi collegi erano confermati in Roma da senatusconsulti e costituzioni imperiali, si riferisca a leggi generali o, come è più probabile [13]), a speciali atti di governo dai quali queste corporazioni ricevevano la loro esistenza giuridica.

Le seguenti osservazioni possono servire a meglio confermare il già detto e a dare una risposta precisa alla questione sovra proposta.

Il concetto di persona giuridica, quale noi lo troviamo nel diritto romano e nel diritto moderno, suppone uno stato del diritto già evoluto. Si può ammettere che nei più antichi tempi si distinguesse fra società permesse e società non permesse, nel resto poi i rapporti giuridici d'una società fossero determinati secondo i suoi scopi, senza necessità di considerare per ciò l' insieme dei singoli individui come un unico subietto giuridico. La prima oc-

---

11) L'atto di conferma per il *collegium pistorum* sotto Traiano è indicato da Aurelio VITTORE, *hist. abbrev.*, pars II c. 13. Altri esempi possono vedersi in GRUTER, *Corpus inscriptionum romanarum*, pag. 391 inscr. I, pag. 432 inscr. 1.

12) L. 3 § 1 Dig. *de corporibus et collegiis*, 47, 22. Confr. DIRKSEN, *loc. cit.*, pag. 42 seg.

13) Confr. quanto è detto poco sopra 606.

casione a questa concezione fu data senza dubbio dal confronto di queste società collo Stato e colle altre unioni sociali di Stato simili ad esse. L'idea di una unità subiettiva di tutto il popolo [14]) è così elementare che non può rimanere estranea neppur alle concezioni volgari. Lo stesso vale delle comunità municipali, le quali anche dopo che ebbero cessato di essere stati indipendenti conservavano tuttavia esternamente ed internamente le apparenze di questi. Così si giunse al concetto di una personalità giuridica diversa da quella dello Stato, e questo concetto si estese facilmente ad altre società nelle quali accanto ad altri interessi giuridici si trovava un patrimonio del quale appariva come subietto non il singolo, ma il complesso di tutti i soci. Queste società presero a modello, per quanto era possibile, le città e così si ammise come requisito e segno distintivo essenziale della personalità giuridica l'esistenza di una cassa comune o di un patrimonio che nelle sue attività e passività si doveva riferire non ai singoli membri, ma al complesso di tutti [15]), e quanto alla amministrazione e rappresentanza degli interessi comuni si seguì parimente lo stesso sistema che nelle città « *quibus autem permissum est*, dice Gaio nella seconda parte del testo sopracitato [16]), corpus habere collegii, societatis, sive cujusque æternis eorum nomine, proprium est *ad exemplum reipublicae* habere res communes, arcam communem [17]) et actorem sive syndicum, per quem, *tamquam in republica*, quod communiter agi fierique oporteat, agetur, fiat ». La costituzione comunale delle città fu dunque il modello per le altre corporazioni e per ciò solo non può dubitarsi che queste associazioni

---

[14]) L. 30. pr. D. *de usurp.* (41, 3). — « Tria genera sunt corporum — — — — — ; tertium, quod ex distantibus constat, ut corpora plura — uni nomini subjecta, *veluti populus*, legio, grex ».

[15]) L. 7 § 1 D. *quod cuiuscunq. univ. nomine.* 3, 4. « Si quid universitatis debetur, singulis non debetur, nec quod debet universitas, singuli debent ».

[16]) L. 1 § 1 D. *eod.* 3, 4.

[17]) Questo diritto era talvolta concesso in ispecial modo a singole corporazioni — Wassenaer, *Diss. ad tit. Dig. de collegiis et corporibus*, c. 4 in Fellenberg, *Iurispr. ant.*, T. I p. 426.

non poterono ottenere la qualità di persone giuridiche senza l' autorizzazione sovrana più di quella che ciò fosse concesso ai comuni che volessero costituirsi di proprio arbitrio. Sebbene poi il divieto di riunirsi a scopi sociali senza permesso costituisse la regola [18]), da ciò non segue che le associazioni permesse costituissero per ciò solo una persona giuridica. Le stesse associazioni aventi i diritti delle corporazioni [19]) costituite *ad exemplum reipublicae* sono anzi contrapposte in modo molto preciso non solo ai collegi illeciti, ma anche a tutte le altre associazioni. Ammesso anche però che le associazioni permesse acquistassero mediante la concessione la qualità di associazioni lecite non solo, ma anche quella di persone giuridiche, non per questo appare ancora giustificata la conclusione che laddove *non è necessario* il permesso sovrano affinchè una associazione sia lecita, qualunque associazione lecita abbia i diritti di una persona giuridica [20]). Questa conclusione sarebbe giusta soltanto se valesse come principio supremo di diritto che le associazioni lecite abbiano come tali la personalità giuridica, ma questo non è il caso, e per ciò non può ammettersi che dove, per non essere più richiesta la suprema autorizzazione della legge o del governo, l'associazione vale sempre come lecita, anche la concessione della personalità giuridica sia divenuta superflua [21]). È per ciò del tutto

---

[18]) L. 1 pr. § 1, D. 3, 4 L. 3 § 1 D. *de coll. et corp.*, 47, 22. Vedi sopra pag. 604 nota 57.

[19]) Dal testo di Gaio più volte citato appare che per tali associazioni si usava di preferenza l'espressione *corpus habere*. Vedi sopra pag. 606 nota 63.

[20]) L. 1 § 1 D. *quod cuiusc. univ.*, 3, 4.

[21]) Il Northoff, *loc. cit.*, pag. 105 seg. fonda la prova del suo concetto, che i Romani non ritenessero necessaria una speciale autorizzazione, sull'osservazione che il diritto romano distingue fra associazioni lecite ed illecite, ma non fra associazioni aventi personalità giuridica e associazioni prive di tale personalità. — Secondo il principio fondamentale di questo scrittore, già riferito sopra alla nota 6, egli stesso però avrebbe dovuto ritenere di nessuna importanza se questa distinzione è scritta espressamente o no, perocchè, se, come egli stesso ammette, il riconoscimento dello Stato è necessario affinchè una istituzione valga come subietto di diritti, tale riconoscimento non può certo riscontrarsi nel fatto che una associazione sia dichiarata lecita. Inoltre però è supposizione del tutto

indifferente per la nostra questione il sapere se il principio del diritto romano, secondo il quale ogni associazione non permessa espressamente dalla legge o dalla autorità dello Stato è da considerarsi illecita, valga ancora nel diritto odierno. Del resto anche nel tempo moderno sono ammesse limitazioni simili sebbene non così generali [22a]); ma non si è mai sostenuto per ciò che le associazioni, che non possono esistere senza l'autorizzazione del governo, come, per esempio, i circoli di lettura degli studenti, ricevano per il fatto dell'autorizzazione il carattere di persona giuridica. La nostra questione infine è risolta anche dal diritto canonico, il quale dichiara espressamente che una società non può acquistare la personalità giuridica se non mediante l'autorizzazione superiore [22b]). Una volta ammesso che nello Stato si dovesse considerare come subietto speciale dei diritti qualche cosa di diverso dai singoli che lo compongono e designata per ciò quella tal cosa come persona, non era che un passo a fare per estendere questo concetto a tutto ciò cui si riconosceva una simile protezione giuridica, in un colla possibilità di acquistare diritti e di essere gravato di obbligazioni. Così il concetto si estese alla *hereditas*, nella quale si considerò in certo modo come fisicamente sopravissuta la persona del defunto [23]), ai templi degli dei e al patrimonio ad essi appartenente, come più tardi alla Chiesa cristiana e alle fondazioni pie, la personalità delle quali fu riannodata a quella degli dei già considerati come persone esistenti effettivamente [24]). La personalità della *hereditas*

---

arbitraria quella che nella L. 1 Dig. cit. si contrappongano soltanto associazioni lecite ad illecite e non le associazioni con personalità giuridica a tutte le altre (p. 106). Infine l'autore stesso si contradice anche quando egli distingue le associazioni semplicemente tollerate dalle costituite formalmente, come dalle vietate (pag. 107); che cosa significa associazione semplicemente tollerata se non associazione permessa, senza però il diritto della personalità giuridica? Egli, del resto, aderisce poi completamente alla nostra opinione, quando osserva che per diritto consuetudinario si richiede il riconoscimento dello Stato per la fondazione di un collegio con personalità giuridica. — Pag. 112 seg.

[22a]) Vedi sopra pag. 604 nota 57.

[22b]) Cap. 14 X, *de excessibus prœl.*, § 31.

[23]) Vedi pag. 610 nota 75.

[24]) Vedi pag. 610 seg.

non aveva bisogno di uno speciale fondamento perchè essa rappresentava i rapporti patrimoniali di un subietto giuridico perfetto; alle divinità, almeno a quelle non originarie di Roma, occorreva che fosse concessa la cittadinanza in generale o per certi rapporti particolari, affinchè esse potessero valere come subietti di diritto [25]). Il riconoscimento pubblico della Chiesa cristiana importò anche il riconoscimento della sua personalità giuridica: l' imperatore Costantino però credette necessario di concedere ad essa espressamente la capacità di succedere [26]). Ma le singole chiese e gli altri istituti religiosi avevano interessi patrimoniali indipendenti e distinti ciascuna dalle altre, occorrevano per ciò speciali disposizioni di legge circa il modo di interpretare gli atti di liberalità fatti a favore della Chiesa o per scopi connessi con i fini di questa, senza che fosse aggiunta una designazione particolare di una data Chiesa o di un dato istituto. Di ciò abbiamo già trattato ampiamente in un altro luogo [27]). Altre disposizioni riguardano il caso di elargizione a favore di una fondazione non ancora esistente, quando cioè il testatore tendesse a fondare una chiesa o un altro istituto religioso: è di questo argomento che noi dobbiamo qui occuparci in particolare.

Già in una costituzione di ZENONE [28]) era ordinato che se alcuno facesse una donazione ad un santo o ad un angiolo, allo scopo di fondare un oratorio, dovesse aver luogo contro lui e contro i suoi eredi, un' azione per costringerli all'adempimento o che lo stesso dovesse avvenire quando la donazione fosse fatta a favore di un ospedale o di un ricovero di poveri; in tali casi l'azione per l'adempimento doveva spettare ai vescovi o agli economi e la costituzione ed amministrazione di esso doveva seguire secondo la volontà e gli ordini del fondatore. Disposizioni più

---

[25]) Confr. ULPIANO, XXII, 6 e SCHULTING, nota 15 ad h. l. Vedi sopra pag. 610

[26]) L. 1 Cod. *de sacros. ecclesiis* 2, 1, ovvero L. 4 Cod. Th. *de episc. et cler.*, 16, 2.

[27]) Vedi pag. 611 seg.

[28]) È la *lex restituta* 15 Cod. *de sacr. ecclesiis.*

precise sul modo di esecuzione quando la fondazione abbia avuto luogo per testamento mediante l'istituzione d'erede o legato, si trovano in due leggi di GIUSTINIANO, la L. 46 Cod. *de episcopis et clericis* e la novella 131 c. 10 già esaminate da noi. In particolare però appartiene a questo argomento la disposizione dello stesso imperatore, secondo la quale nessuno può cominciare la costruzione di un chiostro, di una chiesa o di un oratorio prima che il vescovo abbia consacrato il luogo mediante una processione solenne, un discorso e l'esposizione della santa croce; se ciò non avviene non si ha, secondo la legge, una casa di divozione, ma un nascondiglio illecito [29]). Disposizioni simili si trovano nel diritto canonico coll'aggiunta di altre solennità in mancanza delle quali la fondazione non è valida [30]).

Bisogna però tener conto qui di due argomenti contrari che sono stati contrapposti alle conseguenze derivate da queste disposizioni di legge. Il primo di questi argomenti consiste nel dire che i testi nei quali sono prescritte quelle solennità debbono riferirsi soltanto alla edificazione, ma non anche alla fondazione di una chiesa [31]). Ma questa interpretazione limitativa è arbitraria quanto contradittoria, perchè, se la legge non dichiara un nascondiglio illecito la chiesa non formalmente consacrata, è chiaro che la fondazione ecclesiastica stessa non può, prima della consacrazione, accampare diritto alcuno alla tutela giuridica o alla personalità. Si può concedere che nei più antichi tempi le associazioni di religiosi i quali si riunissero a vita separata e per scopi comuni di religione (i chiostri, come furono chiamati in seguito) non avessero bisogno di alcuna conferma o speciale consacrazione per esistere come società giuridicamente permesse [32]). Qui però non si aveva, in sostanza, che un'applicazione del principio fondamentale ro-

---

[29]) Nov. 67 c. 1. Nov. 131 c. 7.
[30]) C. 9 D. I *de consecrat.* Confr. C. 10-14, V. II c. XVIII.
[31]) ELVERS, *loc. cit.*, pag. 172.
[32]) Confr. NORTHOFF, *loc. cit.*, pag. 111-112 e gli argomenti e testi addetti ivi.

mano: *religionis* (scilicet licitae) *causa coire non prohibentur* [33]), ma da ciò difficilmente si potrà argomentare che a queste associazioni fosse riconosciuto senz'altro il diritto delle corporazioni. Si può bene ammettere che, quando più tardi la fondazione di chiostri senza superiore autorizzazione e consacrazione ecclesiastica fu proibita con ciò furono anche concessi ai chiostri autorizzati i diritti di una vera corporazione; ma come si può argomentare da ciò che prima di quel divieto le società religiose potessero attribuirsi di proprio arbitrio quei diritti? Anche se il principio romano sopra espresso (*religionis causa coire non prohibentur*) avesse avuto questo senso, questo sarebbe un riconoscimento legislativo preventivo di tali associazioni, ma non sarebbe un riconoscimento del principio che per attribuire ad esse il diritto delle corporazioni non occorresse l'autorizzazione superiore. Questa non sarebbe una prova più di quello che potesse essere il fatto che una od altra associazione conventuale avesse anche ottenuto i diritti di una corporazione senza il consenso dell'autorità superiore, perocchè ciò può ammettersi anche con maggior facilità, non potendosi dubitare che le associazioni già esistenti al tempo in cui furono emanate le leggi che richiedevano per la valida esistenza dei chiostri la loro consacrazione solenne, già esercitassero tutti i diritti spettanti a chiostri costituiti in modo legale e perciò fossero tutelati nell'esercizio di essi sulla base di un possesso immemoriale. Del resto i nostri avversari stessi ammettono in modo incondizionato che le corporazioni ecclesiastiche o laiche non possono ottenere la personalità giuridica se non mediante la conferma dell'autorità della Chiesa o dello Stato [34]).

---

[33]) L. 1 § 1 D. *De collegiis et corp.*

[34]) ELVERS, *loc. cit.*, pag. 180-84. NORTHOFF, *loc. cit.*, pag. 112 segg. Questo scrittore ritiene tuttavia che ciò debba ascriversi soltanto alla pratica (contro la chiara disposizione del cap. 14 X. *de excess. prael.* 5,31) per poter poi invocare con tanto maggior ragione una pretesa pratica contraria nel riguardo delle fondazioni pie. Presto vedremo che cosa sia questa pratica.

Esaminando ora il secondo argomento, secondo il quale non si potrebbe argomentare dalle chiese e dai chiostri alle altre pie cause, si vede facilmente che questo argomento è stato creato soltanto per un caso particolare, per procurare cioè il riconoscimento di una fondazione privata non avente carattere ecclesiastico. In primo luogo dalla connessione essenziale fra le fondazioni pie e la chiesa, si è voluta derivare la conseguenza della possibilità di fondare quelle mediante un semplice atto privato [35]), sostenendo però che le limitazioni legali non debbono estendersi a quelle perchè stabilite esclusivamente per le chiese e pei chiostri. Tutto ciò però viene confutato dalle fonti. Il diritto romano ed il diritto canonico non conoscono altri *pia corpora* che quelli che servono a scopi di pura beneficenza, come ricoveri di poveri, orfanotrofi, ricoveri di ammalati o di trovatelli, ospedali veri e propri, cioè originariamente le case destinate al ricovero e alla cura di poveri stranieri, chiamate di solito *xenodochia* [36]).

Questi istituti, come in generale la cura dei poveri, erano nel più stretto rapporto colla chiesa [37]), anzi ad essi si applica come alla chiesa e ai chiostri l'espressione *venerabilis domus* (σεβάσμιος οἶκος) [38]), perchè anch'essi sono di solito dedicati a Cristo o ad un santo e anche ad essi sono collegate esercitazioni pietose, cosa che avviene anche in parte nei tempi moderni, sin nei paesi protestanti. Per questi adunque la consacrazione episcopale richiesta per le chiese e per gli oratori si sottintendeva ugualmente necessaria per diritto romano. La medesima colleganza fra gl'istituti di beneficenza e la chiesa troviamo anche nel diritto canonico e una decretale di Urbano IV (secondo altri Urbano III), in occasione della questione se l'edificio di un ospedale possa essere adibito a scopi profani, attesta che era consueta la consacrazione papale dei luoghi destinati ai poveri o alla costruzione di un ospedale.

---

35) Elvers, *loc. cit.*, pag. 172.
36) Vedi sopra pag. 613 seg.
37) Pag. 616.
38) Vedi per es. L. 17 Cod. *de sacros. eccl.* Nov. 131, c. 10.

« Ad haec — respondemus, quod, si locus ad hospitalitatis usum et pauperum provisionem fuerit, *sicut moris est*, auctoritate pontificis destinatus, cum sit religiosus, non debet mundanis usibus deputari, sicut de vestibus et ligneis vasis, et aliis utensilibus, ad cultum religionis per pontificem deputatis, antiqua consuetudo indubitanter observat, et venerabilium patrum edocent sanctiones » [39]).

Tuttavia questo non avveniva sempre e su ciò si è cercato di fondare la prova che le fondazioni pie private potessero ottenere la personalità giuridica anche senza la conferma dell'autorità superiore; ciò, si è detto, si fonda sopra un'antica pratica che ha per sè l'autorità dei più antichi canonisti e civilisti [40]). Esaminiamo questa pratica. I più antichi scrittori discutono se un fondo lasciato per donazione o per testamento ai poveri o se un ospedale abbia la qualità di *pius locus* anche senza la conferma episcopale. Astraendo anche dalla decisione di questa questione, si presenta tuttavia la domanda se questa questione non sia identica coll'altra se le fondazioni abbiano il diritto della personalità giuridica anche senza la conferma dell'autorità. Il più recente sostenitore dell'opinione da noi qui combattuta confessa chiaramente che le due questioni non sono identiche, ma crede che la personalità delle fondazioni sia supposta come indiscussa [41]). Su quali ragioni si fondi questo presupposto non è detto, ma l'autore attribuisce la massima importanza al fatto che sia affermato che il luogo destinato ai poveri o l'ospedale sarebbe un *pius locus* in senso ampio e soltanto non sarebbe tale in senso stretto, cioè non sarebbe un *locus religiosus*, vale a dire un luogo ecclesiastico in senso proprio [42]). Ma qui noi domandiamo prima di tutto: in qual senso ponevano gli antichi scrittori la questione e come la risolvevano essi? — Mi limito qui a trattare soltanto di quegli autori ai quali sogliono richiamarsi più spesso i sostenitori delle diverse

---

[39]) Cap. 4 X., *de relig. domibus*, 3, 36.

[40]) Elvers, *loc. cit.*, pag. 74-80, 184 seg. Northoff, *loc. cit.* p. 113.

[41]) Northoff, *loc. cit.*, p. 114.

[42]) *Ibidem*, pag. 113 seg.

opinioni, per la ragione che in quelli si trovano nominati col riferimento delle varie opinioni anche numerosi altri. L'autore più completo su questo argomento è ANTONIO GABRIELLI [43]); da lui vediamo che sopra tutto importavano i seguenti punti: se per fare delle alienazioni occorresse la *solemnitas ecclesiastica*, se fosse possibile una secolarizzazione, se ai vescovi spettasse la quarta parte (*canonica portio*) delle entrate e delle successioni, se fossero applicabili i privilegi delle pie cause, come la restituzione in intero alla pari dei minori, la forma privilegiata di acquisto, le così dette *dispositiones ad pias causas*, l'esonero dalla detrazione della quarta Falcidia riguardo a ciò che fosse stato loro lasciato per testamento, il privilegio della prescrizione, ecc.... Alcuni facevano dipendere tutto ciò dall'avere o no il luogo o l'istituto la qualità di *pius locus;* altri distinguevano, almeno a riguardo di alcune di quelle conseguenze, fra i beni destinati propriamente alla fondazione (*dos principalis hospitalitatis*) e il restante patrimonio di essa (*aliae obventiones vel bona relicta*), altri ancora estendevano la inalienabilità e i privilegi a tutto ciò che servisse a scopi di pietà o di beneficenza, affermando che anche senza l'autorizzazione episcopale esisteva la qualità di *pius locus*, se non quella di *locus-religiosus* [44]). Il GABRIELLI stesso dice che l'opinione, secondo la quale un ospedale non autorizzato non è un *locus pius*, è l'opinione comune, ma si deve ammettere che un ospedale sia istituito coll'autorizzazione superiore quando vi sia un campanile e vi sia un servizio divino pubblico o quando esso esista da tempo immemorabile [45]). Qui egli adduce come contrarie le opinioni se-

---

[43]) Morì come *advocatus fisci*, a Roma nel 1555.

[44]) GABRIELLI, *Communes conclusiones*, Francoforte 1576, lib. VI concl. 2.

[45]) GABRIELLI, *loc. cit.*, n. 5, 6. Egli menziona anche ai n. 7, 8 l'opinione di alcuni, secondo i quali una fondazione privata di questa specie, quando sia fondata espressamente come perpetua o il fondatore sia già morto, non può essere revocata e resta sempre un *pius locus*. Se questi principii stessero di per sè soli si dovrebbe ammettere, poichè egli non dice altro in proposito, che egli segua quest'opinione. Ma poichè ciò è inconciliabile colle altre sue affermazioni, può tutt' al più ritenersi accolto

condo le quali i rapporti giuridici di un *pius locus* debbano estendersi anche ad un ospedale privato e così viene tacitamente ad accogliere l'opinione negativa e in fine osserva, invocando l'autorità di BALDO e di altri scrittori, che il privilegio delle *dispositiones ad pias causas* giova ad un ospedale, solo se esso sia stato istituito sotto l'autorità episcopale; ciò che prova che anche questo era discusso.

Il cardinale DOMENICO TUSCO, al quale gli avversari si ri chiamano di preferenza, dice innanzi tutto che un *locus relictus per laicum ad usum pauperum sine auctoritate episcopi* è un *pius locus* anche quando il testatore abbia determinato che debba essere amministrato da amministratori secolari, e per ciò libero dalle imposte come la Chiesa [46]). Evidentemente il TUSCO ha qui davanti agli occhi la disposizione del diritto romano, secondo la quale il testatore poteva, nelle istituzioni e nei legati a favore dei poveri, determinare il modo di esecuzione della propria disposizione e le persone che dovessero averne la sorveglianza, escludendo anche, se voleva, il vescovo senza che per ciò la fondazione fosse del tutto separata dalla Chiesa e dalla sorveglianza dei vescovi [47]). Nelle disposizioni di questa specie però non si può parlare di personalità giuridica se non quando il testatore abbia voluto raggiungere il suo scopo colla costituzione di un istituto di carattere permanente, come un orfanotrofio, un ospedale, ecc. Egli è appunto a riguardo di tali istituzioni che il TUSCO dice senza ambagi e in modo

---

da lui il concetto che, date quelle circostanze, non possa aver luogo una revoca arbitraria della fondazione, e che l'ospedale acquisti il carattere di un *pius locus* in quanto appartiene alle istituzioni a favore dei poveri poste sotto l'autorità della Chiesa.

[46]) TUSCO, *Practicae conclusiones iuris*, T. IV, concl. 338 n. 1, Roma 1606. Sotto il secondo numero egli aggiunge: « vide tamen Abbatem — — — ubi, quod privata persona non potest facere locum pium ». Io ammetto volentieri che questo non sia un riconoscimento di questa opinione dell'Abbate, ma è fuor di dubbio che il TUSCO si pronuncia in senso negativo sulla questione che sola qui c'interessa, quella se gli ospedali privati siano *pia loca*.

[47]) L. 46 Cod. *de ep. et clericis*, 1, 3. Nov. 131 c. 10. Vedi sopra pagina 619 seg.

che non si può dubitare della sua opinione, che esse non avevano la qualità di *pia loca* quando non fossero nate sotto l'autorità episcopale [48]) e poichè la fondazione privata di ospedali e simili non può essere meno favorita di qualunque altra disposizione a favore dei poveri, questo è certamente un riconoscimento molto preciso del principio che la personalità giuridica non può esistere senza l'autorizzazione superiore. Sarebbe anzi difficile trovare un carattere distintivo sicuro delle persone giuridiche se si volessero estendere i privilegi delle pie cause a simili fondazioni private.

In modo del tutto analogo, ANDREA TIRAQUELLO [49]) ammette che le disposizioni testamentarie fatte a favore di un ospedale si possono considerare come lasciti a favore di pie cause, solo quando l'ospedale debba essere eretto sotto l'autorità episcopale e attesta che questa è l'opinione comune [50]); mentre i legati pei poveri, per le vedove e per gli orfani debbono considerarsi come legati *ad pias causas* [51]).

È chiaro pertanto che la pretesa pratica non può fondarsi sopra un'opinione comune che abbia mai considerato gli ospedali privati come *pia corpora*. Si potrebbe però trovarne una prova, come appunto dicono anche gli avversari, nel fatto che l'esistenza

---

[48]) Un altro nesso si vuol trovare dal NORTHOFF, *loc. cit.*, pag. 114 nella esposizione del TUSCO. Io non posso far altro qui pei lettori che non hanno a mano questo scrittore, che esporre i principii del TUSCO nella connessione in che si trovano presso di lui, osservando solo che i singoli numeri sono nell'originale distinti in paragrafi. Nel proemio sta il principio già sopra accennato circa il *locus ad usum pauperum relictus* col cenno dell'opposta opinione dell'ABBATE (n. 1, 2), dopo si parla di alcune differenze e analogie fra tali cose e i *pia loca* fondati sotto l'autorità episcopale (n. 3-7). Segue poi l'osservazione che *pia loca dicuntur omnia in quibus exercentur opera pietatis* (n. 8), ma coll'aggiunta « *hospitalia dicuntur pia loca, quando auctoritate episcopi sunt erecta, alias secus* (n. 9), dove è citato il GABRIELLI (n. 9), il quale segue, come abbiamo visto, quest'opinione.

[49]) Nel suo *tractatus de privilegiis sine causa*, Opera, Francoforte, pagina 4 seg.

[50]) ANDREA TIRAQUELLO, *loc. cit.*, p. 4. « Id quod plerique intelligunt procedere, modo sit hospitale constructum auctoritate episcopi ».

[51]) *Loc. cit.*, pag. 5.

di ospedali privati è sempre presupposta in modo evidente e che la disputa per ciò si sarebbe limitata al punto se anche a questi dovessero applicarsi i privilegi e i principii giuridici che valgono per le pie cause.

Per ciò che riguarda l'esistenza di ospedali privati, essa non può negarsi e deve interpretarsi in questo senso, che come la cura dei poveri e l'elargizione delle eredità e dei legati lasciate a questi, anche l'esecuzione di disposizioni liberali tendenti a creare la fondazione di un orfanotrofio o di un ricovero di poveri e la direzione e l'amministrazione di essi dovevano essere sottoposte ai vescovi [52]). Questi avevano da curare anche la fondazione di oratorii e in generale di qualunque altra istituzione di culto nella quale fosse necessaria la consacrazione religiosa. Il fondatore però poteva benissimo nominare amministratori secolari e legare al vescovo e all'economo ogni ingerenza nella direzione e amministrazione dell'istituto. Con tutto ciò la fondazione rimase sempre in qualche rapporto collegata alla Chiesa ed ai suoi capi. Il vescovo deve sempre accertarsi che tutto sia stato eseguito secondo la volontà del testatore e sottentra nel posto dell'erede, dell'esecutore testamentario o dell'amministratore nominale quando questi si dimostri negligente o inadempiente in qualunque modo al proprio dovere [53]). Lo stesso avveniva indubbiamente quando gli amministratori nominati fossero morti e il fondatore non avesse dato nessuna disposizione per tale ipotesi. Quando con una tale istituzione fosse congiunto un oratorio, occorreva poi sempre la consacrazione del vescovo, per la quale l'istituto otteneva il carattere e i diritti di un σεβάσμιος οἶκος (*venerabilis domus*). Sembra che almeno nei primi tempi simile colleganza fosse consueta, ma non si può dire con sicurezza se questa fosse essenziale e necessaria nelle fondazioni private di tale specie, perchè le prescrizioni legislative conservate nelle nostre fonti sono troppo scarse. Si deve ammettere come sicuro che nei tempi più tardi venne a cessare

---

[52]) Vedi pag. 614.

[53]) L. 46, 49 Dig. *De episc. et clericis*, 1, 3. Nov. 131 c. 11. Vedi pag. 618 seg.

la esistenza normale di funzioni di culto, o che, per lo meno, quando anche gli abitanti di un ospedale solessero riunirsi a scopi di culto non fosse sempre necessaria la consacrazione episcopale. Così si spiega facilmente come potesse nascere il contrapposto fra ospedali privati e ospedali fondati per autorità superiore, e così pure la controversia se le fondazioni private siano *pia loca*, non meno che il modo come questa controversia è risoluta, almeno dalla maggior parte dei giuristi. In questo riguardo però dobbiamo ancora aggiungere qualche cosa.

Giustiniano decise che le donazioni a scopo di beneficenza o di pietà, vale a dire a favore dei poveri, delle chiese, di un orfanotrofio, di un ospedale e simili, fossero libere dalla necessità dell'insinuazione giudiziaria anche quando superassero la somma di cinquecento solidi [54]). Ora tutto ciò che è attribuito ai poveri-agli ammalati, ecc., mediante disposizione a titolo liberale, diretta, mente, senza la fondazione di un ospedale non può considerarsi come lascito a una persona giuridica [55]); sebbene assai spesso i poveri, ecc., di un dato luogo siano istituiti eredi, onorati di legati o donazioni, tuttavia non si può dire che l'ultima disposizione sia da considerarsi come un'attribuzione già costituita; le varie disposizioni sono invece da considerare come distinte ed esistono l'una indipendentemente dall'altra. I privilegi delle pie cause si debbono senza alcun dubbio estendere anche a simili disposizioni, quando essi non suppongano necessariamente per la loro applicazione l'esistenza di una personalità determinata, e così esse sono libere dalla intimazione giudiziaria, dalle imposte pubbliche, dalla detrazione della quarta Falcidia e simili [56]). Lo stesso vale naturalmente anche per il caso di patrimonio destinato alla fondazione di un ospedale o di altro istituto di beneficenza. Diversamente vanno le cose invece quando si lasci qualche cosa ad un istituto di tale specie già esistente. La validità di una simile disposizione

---

[54]) L. 19 Cod. *de sacros ecclesiis*, 1 2.

[55]) Vedi pag. 616 seg.

[56]) Una questione diversa è, se questa liberazione sia fondata nella legge. Vedi pag. 621 nota 7.

dipende dall'esistenza di personalità dell'istituto che si considera come subietto acquirente, e sarebbe veramente artificioso e produttivo necessariamente di aberrazioni nella sua applicazione il volere ammetterne la validità senza questo presupposto, affermando per esempio che qui la disposizione non si riferisce ad una persona, ma ad uno scopo, come nel caso che i poveri di uno stesso luogo siano più volte stati onorati.

L'applicazione di altri privilegi dei *pia corpora*, come per esempio la restituzione in intero, non può invece aver luogo se non quando l'istituto abbia una personalità giuridica indipendente, o sia collegata immediatamente ad una persona giuridica esistente, dalla quale riceve il suo essere, per esempio un orfanatrofio o un ospedale che si debba considerare come istituto appartenente ad una chiesa. GIUSTINIANO, nel testo citato poco fa alla nota 54, nel quale esonera dall'insinuazione le donazioni da farsi alle pie cause, nel ricordare i nosocomî, gli orfanatrofi, ecc. suppone senza dubbio che si tratti di istituti già esistenti. Ma nessuno dirà certo che, poichè l'imperatore esonera le disposizioni liberali in favore degli orfanotrofi, ecc. dalla forma necessaria pel diritto comune, riconosce anche con ciò che la fondazione di tali istituti possa attribuir loro la personalità giuridica, anche per atto meramente privato. Nè questo, nè altro testo delle nostre fonti giustifica neppur lontanamente un tale concetto. La questione deve risolversi secondo i principii generali del diritto e applicando per analogia le disposizioni speciali sulla fondazione delle persone giuridiche; e questi conducono precisamente al risultato opposto. Abbiamo infatti già sopra dimostrato come il determinare se ad alcuno appartengano i diritti civili, non possa dipendere dall'arbitrio privato; il diritto romano poi riconosce espressamente la necessità di un' autorizzazione legislativa o amministrativa per l' esistenza delle persone giuridiche più comuni e conosciute dai tempi più antichi; ora non si può certo ammettere, che, per la creazione di quelle specie di persone giuridiche che solo più tardi sorsero e alle quali pertanto doveva estendersi il concetto giuridico già formato, si sia richiesto meno che per quelle prime. Il riconoscimento legale può

anche apparire dall'esistenza di disposizioni di legge, l'applicazione delle quali presuppone necessariamente il concetto di personalità; così per esempio la personalità della Chiesa cristiana si dovrebbe ritenere ammessa, anche se non apparisse per altri motivi, pel solo fatto che è riconosciuta la sua capacità di succedere e il suo diritto alla restituzione in intero [57]). Ma come per ciò non si può dire che la fondazione di chiese particolari sia possibile per atto privato, parimenti non si può neppure ammettere che i privilegi della Chiesa siano stati estesi a tutti i *pia corpora*, e quindi non la facoltà di attribuire la qualità di *pium corpus* ad un istituto di beneficenza mediante atto privato. In ciò concordano anche gli scrittori sopra nominati, il GABRIELLI, il TUSCO, il TIRAQUELLO e le numerose autorità da loro citate, quando affermano che la restituzione in intero, la validità ed il favore accordati alle disposizioni per tali istituti, non possono estendersi agli ospedali privati, benchè tuttavia alcuni tra loro attribuiscano a questi, sotto altri riguardi, la qualità di pie cause; essi dimostrano sempre con la loro precisione che la qualità di persone giuridiche non può essere riconosciuta a quelle istituzioni senza una conferma superiore.

È del resto evidente che quegli scrittori, i quali fanno dipendere la decisione dal fatto se sia stata accordata o meno l' autorizzazione episcopale, concedono in sostanza la personalità giuridica alle fondazioni pie, sulla base della semplice conferma e consacrazione episcopale. Se poi si richiedesse anche il consenso della autorità secolare e se questo, in tempi più tardi, sia sottentrato nel luogo dell'autorizzazione per parte delle autorità della Chiesa, sono questioni diverse che non hanno importanza essenziale per l' argomento di cui ci occupiamo, perchè qui importava soltanto dimostrare che il semplice arbitrio privato non basta a fondare un *pium corpus* avente personalità; non in qual modo l'autorizzazione superiore dovesse esser concessa. Poche cose ancora occorre che noi osserviamo qua. A ricercatori spassionati non poteva

---

[57]) L. 1 Cod. *de sacros. eccl.*, 1, 2. Cap. 1, 2 X. *de de in cet. ryt.* 1, 41.

sfuggire che la cura delle elemosine e la tutela, ad essa congiunta, degli ospedali per parte delle autorità della Chiesa non deve essere ammessa in forza di una esistenza di pieni poteri per parte di essa; ma, nata dal rapporto interno della comunione cristiana di fronte ai propri maestri simile al vincolo della potestà familiare, fu poi riconosciuta dagli imperatori posteriori e determinata precisamente dalle leggi. Queste leggi ci fanno conoscere a sufficienza che, mediante le loro disposizioni limitative, l'autorità dello Stato non fa che delegare ai vescovi l'esercizio di un diritto a lei competente riservandosi però la suprema *inspectio* e la facoltà di votare questa delegazione per legge. Così noi troviamo già nel primo Medio Evo ospedali e simili istituti che dipendono esclusivamente dalla autorità secolare [58]) e ben presto nacque la controversia se per la fondazione di ogni pia causa fosse necessario il consenso dello Stato, il *placet* o *placetum* regio. Nei tempi moderni, a questa questione si è risposto comunemente di sì, anche da scrittori cattolici [59]); nei paesi protestanti per ciò è sottintesa e non è neppure messa mai in dubbio [60]).

Da tante concordi ragioni e testimonianze non si può dire provato che anche nella pratica si sia sempre proceduto così [61]); tuttavia non sarebbe molto difficile di ottenere questa prova. Si

---

[58]) Confr. BOEHMER, *Ius eccl. prot.* lib. III, tit. 36 § 40.

[59]) GOENNER, *Staatsrecht* (Diritto pubblico) § 415 n. VI; WALTER, *Kirchenrecht* (Diritto ecclesiastico) § 33 n. 2, 3.ª ediz.

[60]) BOEHMER, *Ius ecclesiasticum protest.*, lib. III, tit. 36 § 41-44; SCHAUBERT, *Kirchenrecht der Protestanten* (Diritto ecclesiastico dei protestanti) § 289, 2.ª ediz.; KLUEBER, *Oeffentliches Recht des deutschen Bundes* (Diritto pubblico della confederazione tedesca) § 428, nota [a].

[61]) Tuttavia non si è soltanto richiesto ciò, ma si sono domandate condizioni così stravaganti che simile prova non sarebbe possibile. Così, per esempio, non basterebbe provare che quando un testatore fondò un istituto pubblico, per atto di ultima volontà, da lui fu domandata la conferma dell'autorità suprema prima di fare il testamento, ma occorrerebbe anche provare che, quando la conferma domandata dal testatore non fu ottenuta, appunto per questo motivo fu dichiarata nulla tutta intera la disposizione. Vedi ZACHARIÆ, *Ueber den das Städelsche Kunstinstitut betr. Rechtsstreit* (Sulla lite riguardante l'istituto artistico Staedel), Heidelberg 1827. Cap. 25. Contro, il mio parere pag. 191 seg.

è invocata in contrario una pratica millennaria e una consuetudine costante, la quale si contrappone al principio dottrinale nato nei tempi moderni della necessità del riconoscimento pubblico, e molti esempi di tutti gli Stati i quali proverebbero che le fondazioni pie, aventi carattere di personalità, siano state sempre fondate per atto di semplice fondazione privata [62]): ma in tutto ciò si è rimasti sempre alla semplice affermazione ripetuta soltanto in modi innumerevoli e diversi. Non si potrà infatti accettare ormai, come prova sufficiente, il richiamo ad alcuni antichi scrittori, dopo che noi abbiamo sopra chiarito il contenuto ed il significato di ciò che essi hanno detto. Quanto poi agli esempi di tutti gli Stati, in fatto non se ne adduce neanche uno. Al contrario, dei numerosi istituti di beneficenza e simili dovuti a fondazione privata, pochissimi sono quelli che non possano mostrare un documento di fondazione o di conferma sovrana, indicandosi appunto come scopo della conferma l'attribuzione all'istituto della capacità di acquistare e dei diritti di una persona morale [63]). Sarebbe arbitrario al più alto grado il volere definire questi concetti come il prodotto di un esagerato rigore e come una cautela non necessaria; anzi la prova della necessità della conferma sovrana non sarebbe indebolita, neppure se si potesse provare che vi siano istituti aventi la personalità giuridica ai quali non sia stata mai concessa la sovrana conferma. Come infatti fu già sopra osservato, essendo in generale ammesse le fondazioni private di questa specie, per varie di esse era quasi impossibile, per la somiglianza dello scopo e dell'indirizzo, evitare uno scambio con quelle confermate, onde nacque anche l'opinione che quando un ospedale privato avesse da tempo immemorabile esercitato i diritti di uno pubblico, questo fatto potesse sostituire la sanzione sovrana (vedi sopra nota 45). Quello però che completa e pone fuori di ogni dubbio la nostra prova è la circostanza che i nuovi legislatori, i quali, come è noto, si fondano sopra il diritto comune e sulle opinioni pratiche

---

[62]) Elvers, *loc. cit.*, pag. 188-213.

[63]) Esempi si trovano nel mio parere cit., pag. 201 seg.

e scientifiche del loro tempo, richiedono tutti la conferma sovrana di tutte le persone giuridiche e in particolare anche dei *pia corpora*. Così il KREITMAIR, l'autore del codice civile bavarese, osserva: « I *collegia*, i *corpora*, o le confraternite che non siano stati approvati e privilegiati in modo speciale dal sovrano, ma solo fondati per autorità privata, non possono godere *bona* o *iura* nè conseguentemente il diritto di eredità » [64]). Mi limito poi a richiamare l'attenzione del lettore su queste sole fra le numerose disposizioni del Diritto territoriale prussiano circa le persone giuridiche: « I ricoveri, gli ospedali e simili sono posti sotto la speciale tutela dello Stato; se siano fondate simili istituzioni il progetto deve essere mostrato allo Stato a prova dei principî di sua costituzione » [65]). E più oltre: « Le istituzioni per la cura o l'assistenza dei poveri ed altre simili, riconosciute espressamente o tacitamente dallo Stato hanno i diritti delle persone morali » [66]). Per gli istituti d'istruzione infine è detto espressamente che essi possono essere fondati unicamente col consenso e l'autorizzazione dello Stato [67]).

La trattazione che precede e le ricerche delle quali ci siamo occupati poco innanzi, contengono una completa risposta alla domanda fino a qual punto sia concessa la fondazione di un *pium corpus* mediante un testamento. La risposta è la seguente: 1.° Il diritto romano ammette l'istituzione dei poveri, degli ammalati e dei prigionieri o qualunque disposizione non a titolo di erede a favor loro. Di personalità giuridica non si parla in questo caso, ma che occorresse una disposizione legislativa di questa specie si spiega principalmente per la indeterminatezza individuale e l'in-

---

[64]) *Ad Cod. Max. Bavaricum civilem*, T. III, c. III § 12 n. 3. Confr. anche il *Cod. Max. Bav. civilis*, T. III, c. VI § 5 e KREITMAIR, nota, ivi n 3.

[65]) *Diritto territoriale prussiano* (Allgemeines Preussisches Landrecht), Parte II, tit. 19, § 32 seg.

[66]) *Ibidem*, § 32.

[67]) *Ibidem*, parte II, tit. 12 § 2. Confr. anche, parte I, tit. 12 § 38; Parte I, tit. II § 1074 sg.; Parte II, tit. II § 197 e appendice § 125; Parte I, tit. 12 § 239.

certezza delle persone a favore delle quali era fatta la disposizione [68]). Inoltre, era necessario stabilire il luogo al quale la disposizione doveva nel dubbio riferirsi e il modo di sua realizzazione (vedi sopra), cose queste che altrimenti avrebbero dato luogo a molti dubbi ed incertezze. Queste disposizioni, in quanto conciliabili colla nostra costituzione, debbono sicuramente ritenersi applicabili anche oggi (vedi sopra), ma ciò non ha nulla a che fare colla possibilità di costituire un *pium corpus* con atto privato. 2.° Il diritto romano dichiara valida ed efficace la disposizione liberale privata di qualunque specie, colla quale si tende alla fondazione di istituti stabili, purchè questi abbiano uno scopo di pura beneficenza, quali gli orfanotrofii, i ricoveri di poveri, gli ospedali e simili. Anche qui esso determina il modo di esecuzione della disposizione, qualora il testatore non abbia ciò determinato, potendo benissimo questo dare delle disposizioni proprie per ciò che riguarda l'indirizzo dell'istituto e l'erogazione e l'amministrazione del fondo patrimoniale ed escludere anche da ciò gli ordinari amministratori delle elemosine, i vescovi e gli economi. È tuttavia almeno probabile che fosse sempre richiesta una consacrazione religiosa dell'istituto e che questo non potesse per ciò nascere senza la cooperazione del vescovo. Comunque sia, certo è,

---

[68]) Vedi sopra. Già nel parere della facoltà giuridica di Gottinga circa la lite fra gli eredi intestati Staedel e gli amministratori dell'erigendo istituto, ciò è messo molto chiaramente in luce colle seguenti parole: « I testi sopra citati (l. 23 pr. Cod. *de sacros. eccl.*, 1, 2, L. 24, 28, 49, Cod. *de episc. et clericis*, 1, 3), i quali parlano delle istituzionidi erede e dei legati a favore dei poveri o per la liberazione dei prigionieri di guerra, non contengono eccezione alcuna a quella regola di legge per la quale le persone morali, per essere capaci di ereditare, hanno bisogno della conferma, bensì ad un'altra regola, quella per la quale nonpossono essere istituite persone indeterminate », pag. 21, n. 6. — Il Northoff, *loc. cit.*, pagina 101, nota 230, qualifica questa opinione del collegio di Gottinga come un errore, perocchè gli eredi non sono i poveri o i prigi onieri di guerra, ma una persona capace diversa, la Chiesa. Per questo riguardo io rinvio alla trattazione precedente in questo *Commentario*, dove è stato dimostrato che devono appunto essere considerati subietti della disposizione i poveri, ecc., e sono esposte anche le ragioni che dettero origine a una sì grave anomalia. Vedi sopra pag. 616 seg.

che in nessun luogo è detto che l'istituto sorto per semplice fondazione privata abbia i diritti di una persona giuridica, possa quindi acquistare, esser gravato di obbligazioni, essere restituito contro le violazioni del suo diritto; e questo deve bastare, secondo quanto abbiamo detto, per negargli questa qualità [69]).

---

[69]) Il parere della facoltà di Gottinga sopra citato dice: « Quando pure l'istituto artistico Staedel si potesse considerare come un istituto pio, questa qualità di esso non potrebbe fare alcuna differenza nella risoluzione della causa presente, perchè nessuna legge dice che dalla conferma richiesta per la capacità delle persone morali siano esenti i *pia corpora* » (pag. 21). Ma il NORTHOFF, pag. 101, nota 230, osserva in contrario: « Quale legge dice che per l'esistenza dalla personalità che si attribuisce a un complesso patrimoniale, sia necessaria una speciale conferma? Questo appunto dovrebbe essere dimostrato prima di parlare di un esonero o di un' eccezione a favore della fondazioni pie ». Ma come si concilia con questa osservazione il fatto che, in seguito, l'autore nelle sue ricerche sul fondamento della personalità giuridica parta dal giusto concetto che la personalità, sì la giuridica come quella dell' uomo fisico, richiede necessariamente il riconoscimento dello Stato o dell' organo nel quale questo si manifesta legalmente? (Vedi il testo sopra alla nota 6). Vero è che egli crede di trovare che il diritto romano abbia garantito alle corporazioni lecite in genere i diritti della persona giuridica. Ma, astraendo anche dal fatto che egli stesso ammette che secondo una consuetudine sicura le cose vanno diversamente (pag. 1!2, seg.), il principio sopra espresso resta sempre nel suo pieno vigore per le altre specie di persone giuridiche. Come si può pretendere che solo pei *pia corpora* esso non valga più, come si può credere di aver dimostrato ciò col solo argomento che all'antico diritto romano le *piae causae* nel senso proprio erano estranee. (NORTHOFF, pag. 96) e che per simili istituzioni vi sia la possibilità di esistere come persone, e conseguentemente ciò possa essere riconosciuto in precedenza dalla legge (pag. 90 seg.) e che il diritto romano e il canonico ammettano e favoriscono le disposizioni liberali per scopi pii e benefici, oppure, coll'osservazione che sulla questione se le fondazioni non riconosciute avessero la qualità di *pia corpora* già gli antichi pratici erano discordi? E quando poi si sostiene che un testatore può dare la personalità ad ogni complesso patrimoniale destinato ad uno scopo permanente, ciò prova nel modo più chiaro a qual punto si arrivi quando non si interpretano rigorosamente le leggi che contengono anomalie della specie delle istituzioni dei poveri, dei prigionieri, e degli istituti di beneficenza da fondare. Conf. su ciò anche la trattazione che segue nel testo.

Veniamo ora alla seconda questione, se cioè le disposizioni di legge da noi esaminate si riferiscano a tutte le istituzioni che i moderni sogliono chiamare pia causa o *pium corpus*.

L'espressione pia causa è nelle nostre fonti riferita in generale al motivo o allo scopo di una disposizione, ma non è mai usata ad indicare l'istituto che serve agli scopi di questa specie, sebbene naturalmente le disposizioni a favore di un tale istituto siano sempre disposizioni *ad pias causas*. Anche il significato letterale di questa espressione fu fissato nel senso che esso si usasse soltanto dove si parlava immediatamente o mediatamente di scopi religiosi, cioè di chiese, di chiostri e di scopi di pura beneficenza. Questa denominazione e neppure quei diritti che sogliono oggi chiamarsi *privilegia ad pias causa*, non si trovano mai riferiti ad altri scopi o rapporti. Si può ammettere con sicurezza che, per esempio, un legato per la costruzione di una casa comunale o di un bagno pubblico o per l'armamento di un esercito, per giuochi pubblici e simili, non sia mai stato designato dai romani come *relictum piae causae*. Disposizioni di questa specie erano già conosciute nei tempi antichi [10]) e naturalmente non lo furono meno in seguito; non mancava per ciò l'occasione di dare un nome e di attribuire dei privilegi anche a tali fondazioni. Si vede da ciò come ormai quel primo concetto fosse saldamente chiuso e si limitasse soltanto agli scopi religiosi e di pubblica beneficenza. Da ciò non segue certamente che il concetto giuridico di pia causa debba oggi necessariamente limitarsi alle sole applicazioni che se ne trovano nel diritto romano. Neppure i diritti singolari debbono necessariamente interpretarsi in modo così strettamente letterale; anche qui è lecito costruire sulla base delle singole decisioni il concetto o il principio di diritto che il legislatore volle esprimere ed espresse; solo sono vietate nell'applicazione del *ius* singolare le vere e proprie estensioni analogiche o consequenziali dalla *ratio legis* [11]). Così è fuor di dubbio che le disposizioni del diritto

---

[10]) L. 1, L. 4 D. *de adm. rer.* 50, 8.

[11]) Vedi il mio *Lehrbuch der Pandecten* (Trattato delle Pandette) § 61, 64.

romano sulle pie cause si possono estendere anche alla fondazione di sussidi per studenti poveri [72]) perchè il diritto romano favorisce tutte le disposizioni liberali il cui scopo fondamentale e proprio è di assistere i poveri e di procurar loro i mezzi per i bisogni ordinari o anche particolari della vita; il disponente poi è arbitro di determinare il modo speciale di erogazione del fondo a ciò destinato. Ma oltre questo scopo e gli effetti giuridici che la legge attribuisce a simili disposizioni, non è lecito andare. Ogni sconfinamento in proposito contiene, non solo una violazione dei principii ben noti sull'interpretazione dei diritti singolari, ma conduce anche inavvertentemente a conseguenze che certamente nessuno vorrà accogliere e che tuttavia non si possono evitare se non restando nei limiti di quei principii. Chi si voglia allontanare da questi anche di un solo passo, dalla possibilità di una fondazione testamentaria per sussidi a studenti universitari argomenterà facilmente la possibilità di istituire per testamento una università, perchè l'una come l'altra servono a scopi scientifici. Ma nella fondazione di sussidi lo scopo prossimo è quello di fornire agli studenti poveri i mezzi di sussistenza ed è appunto da questo punto di vista che si è anche risolta sempre la questione a chi spetti il sussidio fra i più aspiranti, se al più povero o a quello dal quale la scienza aspetta di più [73]). Quand'anche pertanto lo scopo debba essere tenuto in considerazione perchè, per esempio, fra persone ugualmente bisognose si preferisca il più degno o in ogni caso si richieda sempre un certo grado di merito per potere ottenere il sussidio, nelle fondazioni di questa specie lo scopo di beneficenza è sempre da considerarsi tuttavia come predominante. Questo carattere fondamentale deve sempre esser tenuto presente quando si tratti dell'applicazione delle disposizioni del diritto romano sulle pie cause a scopi o fondazioni diverse da quelle espressamente nominate nelle fonti del diritto, ciò che però non è difficile per quelli che sanno mantenersi spregiudicati (cosa non facile, questa, quando si lavora per far trionfare il partito preso).

---

[72]) Confr. il mio parere sul caso Staedel, pag. 211 seg.

[73]) Confr. Boehmer, *Jus ecclesiasticum prot.*, lib. III, tit. 26 § 16.

Anche i glossatori e i loro successori fino al Boehmer prendono in generale l'espressione pia causa nel senso che essa ha nelle fonti, intendono cioè per essa, non soltanto l'istituzione che serve a scopi di pietà o di beneficenza, ma lo scopo stesso.

Le loro trattazioni sulle pie cause e sui loro privilegi non toccano la questione come si possa fondare una pia causa, ma soltanto quella, quali scopi siano da comprendere in essa [74]). Quando pertanto essi enumerano tra queste anche le disposizioni liberali a favore delle scuole, ciò che del resto non potrebbe non essere per la stretta colleganza che esiste tra le scuole e le chiese, essi sono tuttavia ben lungi dall' ammettere la possibilità della fondazione di scuole mediante disposizione privata; ma vogliono dire soltanto che le disposizioni a vantaggio di scuole meritano lo stesso favore della legge che quelle a vantaggio delle chiese o dei poveri. Alcuni, a dir vero, vanno anche più in là applicando questi concetti a riguardo delle case di correzione e di lavoro e in generale riconoscendo come pia causa ogni scopo di utilità pubblica [75]). Questo prova però nel modo migliore quanto poco quegli autori pensassero alla vera e propria fondazione di istituti di utilità pubblica; soltanto per le istituzioni di beneficenza vere e proprie essi distinguono, come abbiamo visto sopra, fra quelle di fondazione privata e quelle confermate pubblicamente, ma sulla questione della applicazione o meno del diritto delle pie cause a quelle, essi si esprimono in modo che non si possa attribuire ad alcuno di loro l'opinione che la fondazione di persone giuridiche

---

[74]) Confr. *Thesaurus selectarum sententiarum, quæ passim in glossis Accursii occurrunt a Petro Broeo collectarum* (stampato in seguito a varie edizioni glossate) v. *pia causa*: « dicitur, quæ ad hominis vitam ferendam et sustinendam facit ». Tiraquello, *de privilegiis piæ causæ tractatus*. Opera V, pag. 4 seg. Boehmer, *Ius ecclesiasticum prot.*, lib. III, tit. V, § 22 seg.

[75]) Vedi Tiraquello, *loc. cit.*, pag. 8, dove è citata una espressione di Paolo Castrense secondo il quale « quicquid fit ad publicam utilitatem id pium dicitur ». Boehmer, *loc. cit.* Lib. III, tit. 5 § 27, 28, tit. 16 § 4. Vi si trova però anche un avvertimento molto preciso contro le estensioni esagerate, per es. ai legati di libertà, alle disposizioni per la erezione di un monumento e simili.

possa avvenire mediante atto privato (vedi sopra pag. 647 seg.). Nei tempi moderni suole intendersi, per pia causa, la fondazione esistente come persona giuridica che serve a certi scopi degni di favore, onde a poco a poco si introdusse l'opinione della possibilità di sua fondazione mediante atto privato. Il concetto ormai comune delle pie cause suona così: esse sono istituzioni a scopo morale, religioso o benefico. L'espressione equivoca e per ciò indeterminata, scopo morale, è stata da molti determinata nel senso che essa abbracci ogni scopo morale di istruzione o di educazione od anche ogni scopo di pubblica utilità [76]). Non tutti dicono espressamente però di alludere con ciò ad un' istituzione avente i diritti della personalità giuridica, ma tutti lo sottintendono [77]). Così si spiega facilmente come si venne a fraintendere la disposizione del diritto romano, secondo la quale i lasciti a favore dei poveri o di altro scopo di pura beneficenza dovevano essere considerati validi, interpretandola nel senso che vi siano alcune fondazioni pie che la legge considera in precedenza come valide o, come anche si dice, che possono essere fondate mediante testamento [78]). Su questo preconcetto falso, perchè in esso si alludeva alla fondazione di persone giuridiche, edificarono il loro sistema di difesa i sostenitori della validità del testamento Staedel, argomentando così: poichè tutte le fondazioni di pubblica utilità sono pie cause, esse possono stabilirsi anche mediante testamento. Ma, la semplice espressione o l'applicazione di questo principio ai casi più comuni ed ordinarî, avrebbe dovuto persuadere del contrario, perchè altri-

---

[76]) Confr. Mackeldey, *Lehrbuch, ecc.* (Trattato di diritto romano) § 145: Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune), Libro I § 106, nella prima edizione, e il mio *Trattato delle Pandette* (Lehrbuch des Pandectenrechts), vol. I § 201. Il Seuffert, *Lehrbuch, ecc.* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), limita il concetto alle sole fondazioni aventi scopi di religione e di beneficenza.

[77]) Vedi per esempio Wening-Ingenheim, *loc. cit.*, dove i diritti dei minori e delle chiese sono attribuiti a tutte le pie cause. E ciò anche nell'ultima edizione (§ 69), non ostante che l' autore non consideri più qui le fondazioni di pubblica utilità come persone indipendenti: di questa opinione parleremo più oltre.

[78]) Vedi sopra nota 1 e il testo ivi.

menti si dovrebbe ritrovare la fondazione di una persona giuridica anche nella disposizione colla quale il testatore apre al pubblico come luogo di svago il proprio parco o giardino, destinando al mantenimento di esso una somma di denaro, oppure nel legato fatto per la costruzione di una ferrovia, perchè non si può certo negare il carattere di utilità pubblica di queste disposizioni. Questi esempi però debbono servire soltanto a provare a quali strani resultati si giunga quando, nell'interpretazione di disposizioni legislative come quella in questione, non si proceda con grande cautela e con preciso riguardo a regole d'interpretazione stabilite. Infatti, la impossibilità in generale di fondare la personalità giuridica mediante disposizione privata è già stata dimostrata ampiamente nella sezione precedente; qui non si tratta che di vedere se i principii anomali che il diritto romano contiene veramente a riguardo degli scopi di beneficenza, si possano applicare a tutte le disposizioni indirizzate a scopo di pubblica utilità.

Qui possono venire in considerazione soltanto quelle regole che riguardano le disposizioni a favore di tali scopi fatte per atto dei ultima volontà. Già sopra è stato ampiamente dimostrato in che cosa quelle regole consistano [79]). Il risultato sostanziale di quella nostra trattazione è il seguente: un testatore può istituire eredi i poveri, gli ammalati, i prigionieri e questa istituzione non si riferisce nè a persone fisiche nè a persone giuridiche, ma allo scopo, onde la necessità di alcune speciali disposizioni di legge sul significato di tali istituzioni d'erede, e sul modo come esse debbono eseguirsi. Egli può inoltre ordinare nel testamento l'istituzione di orfanotrofi, ospedali e simili istituti e sull'esecuzione di tali istituzioni si trovano disposizioni precise di legge.

Da queste disposizioni di legge non si può concludere se tali istituti erigendi possano essere istituiti eredi o, come comunemente si dice, se possa l'istituto stesso fondarsi nel momento in cui si istituisce erede. Ma la risposta affermativa non sembra possa seriamente mettersi in dubbio. Le leggi permettono al te-

---

[79]) Vedi sopra pag. 615 seg.

statore non solo l'istituzione dei poveri, ma anche di dare disposizioni speciali sul modo di esecuzione della sua ultima volontà.

Se dunque il puro scopo di beneficenza può essere il subietto dell'istituzione erede, il testatore deve essere anche libero di designare come erede l' istituto in cui vuole attuato il suo scopo, per esempio un erigendo orfanotrofio o un ricovero di poveri. Sarebbe falso il volere da ciò dedurre che la fondazione riceva la personalità dal testamento, per quanto tale deduzione potrebbe sembrar naturale pel fatto che condizione fondamentale della capacità di succedere è che l'erede sia persona. Molto naturale potrebbe sembrare questa conseguenza anche per chi considerasse le disposizioni del diritto romano sugli atti di liberalità a scopo di beneficenza in modo unilaterale e pensasse soltanto alla possibilità della fondazione di una pia causa per testamento.

Ma si dimenticherebbe così che è una ben diversa anomalia quella ammessa dal diritto romano, vale a dire che quando questo ammette l'istituzione dei poveri, degli ammalati, dei prigionieri, l'istituito non è una persona, ma il semplice scopo di beneficenza, perchè i poveri, ecc., nè sono persone giuridiche, nè possono essere presi in considerazione come individui [80]) e che difficilmente si sarebbe giunti a questa anomalia se al tempo in cui essa nacque fosse stato possibile per altra via attribuire a quegli scopi l'intero legato senza detrazione della falcidia [81]). Quanto maggiore è dunque questa anomalia tanto più deve esitarsi ad estendere le disposizioni del diritto romano a scopi di pubblica utilità diversi da quelli espressi. Noi abbiamo visto a quali strani risultati condurrebbe il voler considerare ogni scopo di pubblica utilità per se stesso come una persona giuridica. Ma lo stesso accadrebbe se, perchè le leggi concedono l'istituzione in erede di scopi di pura beneficenza, si dovesse ammettere che tutti gli scopi di pubblica utilità possono essere subietti di istituzione d'erede; nè è necessario portare esempi per provare al-

---

[80]) Vedi sopra pag. 237.

[81]) L. 49 Cod. *de episc. et cler.*, 1, 3. — Vedi sopra pag. 298.

l'evidenza l'assurdo di questa conseguenza. Coll'invocare adunque prima di tutto l'attaccamento alle note regole sull'interpretazione delle norme di diritto singolare, si invoca un principio non solo di diritto positivo, ma anche di buon senso. Si ammetta pure che il legislatore possa estendere il diritto che vale per l'istituzione in erede dei poveri, ecc., si ammetta anche che ciò possa farsi dalla pratica, come di fatto è innegabile che alcuni dei privilegi concessi a talune pie cause, nel senso romano, furono per diritto consuetudinario estesi ad altre persone giuridiche e scopi di pubblica utilità. Tutto ciò non presenta pericolo, perchè quand'anche tali estensioni non siano tutte richieste da un vero bisogno pratico, non si può tuttavia andar più in là di quanto sia possibile moderatamente e senza urtare l'ordinamento giuridico. Ma anche astraendo del tutto dal divieto legislativo dell'estensione di un *ius singulare*, non può ammettersi che da singole disposizioni di legge si deduca un concetto generale astratto, al quale applicare tali disposizioni, senza tener conto dei motivi speciali che dettarono al legislatore le sue disposizioni e dei rapporti particolari ai quali queste doveano applicarsi in origine. In tal modo evidentemente si procede quando si argomenta nella seguente guisa: GIUSTINIANO concesse l'istituzione dei poveri e dei malati, per cagione di pubblica utilità; lo stesso dunque deve valere anche per altri scopi di pubblico utile.

Un arbitrio di questa specie non è ammesso neppure nell'interpretazione di principii di diritto appartenenti al campo del *ius commune*, limitandosi a ragione l'estensione *ob paritatem rationis* colla regola che la ragione della legge non deve essere intesa in modo troppo generale [82]). Ma in nessun caso il danno di un tal procedimento appare così evidente come nelle norme di diritto singolare, perchè queste sono eccezioni al diritto vigente, giustificate soltanto da ragioni di equità o di opportunità, o, come dice

---

[82]) Confr. SEUFFERT, *Bemerkungen über die Codicillarclausel und die Auslegung letzter Willen* ecc. (Osservazioni sulla clausola codicillare e l'interpretazione delle ultime volontà, in occasione del caso Staedel), Würzburg, 1828, pag. 66, n. 3.

Paolo: « ius singulare est quod contra tenorem rationis (cioè contro il principio di diritto comune) propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est » [83]). Se qui si potesse argomentare dalla *ratio legis* per l'applicazione della disposizione, il diritto comune verrebbe a dipendere in definitiva nella sua applicazione dall'opinione del giudice sull'opportunità, l'utilità e l'equità. È per ciò che i giureconsulti romani dicono in modo preciso ed incisivo che le regole di diritto singolare non possono estendersi per argomentazione dalla *ratio legis* [84]) ed è ben fatto di seguirli anche in ciò, senza lasciarsi fuorviare dal timore del rimprovero di illiberalismo o di cuor duro o da simili declamazioni.

L'osservanza rigorosa dei principii giuridici nell'applicazione del diritto positivo è pienamente conciliabile col liberalismo di opinioni e di dottrine giuridiche, non meno che il concetto che i principii giuridici non possano sovvertirsi in arbitrio, ma che essi debbano intendersi, applicarsi nel loro vero significato proprio, una volta che si ritenga che un procedimento diverso distruggerebbe la sicurezza che il diritto positivo può e deve dare e che seguendo una troppo facile tendenza subiettiva indeterminata si contraddirebbe alla pratica, la quale crede di applicare il diritto positivo in senso liberale quando abbandona del tutto i principii giuridici direttivi e in luogo di essi introduce inavvertitamente certi concetti derivati da idee generali e dagli scopi voluti [85]). Perciò le

---

[83]) L. 16 *D. de legibus*, 1, 3, L. 162 Dig. *de reg. iuris* 50, 17. Vedi nota seguente.

[84]) L. 14 D. *de legibus* 1, 3. « Quod contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias ».

Similmente nella L. 162 Dig. *de reg. iuris*, 50, 17: « Quae propter necessitatem recepta sunt non debent in argumentum trahi ». Ambo i testi sono di Paolo.

[85]) Queste e simili osservazioni, che si trovano nel mio *Parere* sul caso Staedel, pag. 2 seg., e le applicazioni che io ivi ne ho fatte sono state dal Wenck, nel suo *Contributo alla decisione del caso Staedel* (Beitrag ecc.), Lipsia, 1828, pag. 66, qualificate « la ripetizione di una lezione di Pandette ». Io non so quello che il mio libro contiene si esponga di solito nelle lezioni di Pandette, ma mi rallegro che nulla di più

voci di uomini molto stimati, ai quali non si può far certo il rimprovero di illiberalismo, si sono sempre dichiarate nel senso che i privilegi accordati nel diritto romano e nel diritto canonico alle pie cause non debbano applicarsi a tutte le istituzioni che sogliono nel tempo moderno designarsi con quella espressione. Così il BOEHMER dice: « errata sunt tot privilegia piarum causarum in cerebro interpretum precise sine assistentia legis, quae spuria et adulterina esse credimus. Sunt privilegia sua natura ius singulare et exceptionem a regula consistunt, cui tamdiu inhaerendum est, donec exceptio probetur. Neque enim interpretum est privilegia fingere nova ubi iuris deficit sanctio aut iura singularia certis causis tributa ad alias causas trahere, cum iusta L. 14 *de legibus* iura singularia, utpote contra rationem iuris recepta et constituta ad consequentias non sint producenda. Id quidem non nego, legata ad pias causas esse admodum favorabilia, — — sed — favor hic non efficit ut quaevis iura singularia, favorabilibus causis singulariter tributa, hisce legatis applicari debeant » [86]).

In simil modo si esprimono il PFEIFFER [87]) e ANTONIO SCHROE-

---

grave si sia potuto dire in contrario. E ripeto ancora colla stessa convinzione di dieci anni or sono che l'indifferenza di molti pratici di fronte agli studii teorici in parte si spiega colla leggerezza colla quale spesso nell'applicazione del diritto si passa sopra alle verità teoriche le meglio accertate o anche si dichiara errore ciò che poco prima si credeva o s'insegnava come verità. Nè il fatto che nell'applicazione del diritto debba tenersi conto dell'individualità del caso da decidere, significa punto che le teoriche giuridiche debbano costruirsi su singoli casi e per singoli casi: la pratica non potrà mai sfuggire al pericolo dell'assoluta incertezza se non faccia sufficiente estimazione del diritto positivo.

[86]) BOEHMER, *Jus eccles. prot.* Lib. III, tit. XXVI, § 18.

[87]) *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft* (Dissertazioni pratiche su varie parti della scienza del diritto), vol. II, pag. 339. Egli tratta qui la questione in quali casi i testamenti *ad pias causas* possano valere senza le consuete solennità. Egli ritiene provato che debbano ammettersi tra i subietti capaci di tali disposizioni, oltre le chiese e le fondazioni pie in senso stretto, anche gli istituti scolastici, ben inteso esistenti, ma soggiunge: « Molto più dubitabile è però se vi si comprendano tutte le istituzioni dirette a scopi di pubblica utilità ».

TER [88]), il quale dubita persino se debbano i diritti delle pie cause estendersi alle scuole e alle università. Ma chi vorrebbe da ciò concludere che con ciò si dica che le scuole sono istituti di pubblica utilità meno dei conventi?

Tali confronti non possono farsi e un giurista spregiudicato non giudicherà diversamente, neppure quando egli trovi certi scopi più degni di quello i privilegi del quale si vorrebbero applicare [89]). Il legislatore può bensì essere indotto dalla parità del

---

[88]) *Zur Lehre von den bona vacantia* (Sulla dottrina dei bona vacantia) nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile), vol. X, pag. 95. Qui è detto fra le altre cose: « Il diritto delle chiese e dei conventi non può estendersi alle altre pie cause e sarebbe poi tanto meno sicuro annoverare le scuole e le università tra le pie cause. L'una cosa e l'altra si son dette spesso, è vero, ma il nesso che storicamente hanno avuto nella loro formazione le altre pie cause colle chiese e coi conventi, non autorizza affatto alla conclusione che tutti i diritti di questi spettino a quelle, se pure per quel nesso storico e ontologico esse sono a considerare pie cause. Nè si potrebbe portare la prova di una consuetudine o di una pratica comune contraria, se il semplice richiamo agli antichi così detti pratici non vale come prova della pratica, non essendovi alcun dubbio che questi scrittori spesso designavano come pratica le opinioni puramente teoretiche del loro tempo ed anche le loro stesse opinioni personali.

[89]) Nella storia della causa Staedel, così ricca di rarità di tutte le specie, si è anche arrivati a dire che chi non ammetteva l'applicazione agl'istituti artistici delle disposizioni speciali del diritto romano sulle istituzioni dei poveri dimostrava di non aver affetto per l'arte! Anzi si è arrivati ancora a rimproverare tutti i giuristi di indifferenza e quasi di avversione all'arte, per screditare così in precedenza il giudizio di coloro che si fossero dichiarati contro la validità del testamento Staedel. — Vedi il parere della facoltà giuridica di Monaco, Francoforte 1827. — Ma la causa Staedel prova appunto il contrario: perchè sono giuristi quelli dai quali vien fatto ai colleghi tal rimprovero e sono giuristi quelli che non esitano a sostenere che per amore della conservazione di un istituto artistico si debba passar sopra alle formalità di legge.

L'entusiasmo artistico che il WENCK dimostra nel suo *Lehrbuch*, ecc. (Trattato di enciclopedia giuridica) § 45 quando esclama « e passeremo in fine completamente sotto silenzio la divina arte? » non è certamente da riprovare, ma quando egli nel citato *Contributo alla decisione del caso Staedel*, pag. 7, 8, deplora che « il piano di una vita dedicata all'arte possa esssere distrutto da alcune sottigliezze e formalità giuridiche » io confesso di non potermi schierare tra i seguaci di una opinione, la quale

motivo ad estendere ad una cerchia più larga questi diritti speciali, ma prima che ciò avvenga o che si possa dimostrare la costituzione di un diritto consuetudinario in quel senso, si deve seguire l'insegnamento di PAOLO: «quod contra rationem iuris receptum est non est producendum ad consequentias». Del resto egli è assai dubbioso se un legislatore prudente potrebbe indursi ad applicare alle scuole e agli altri istituti educativi le disposizioni di GIUSTINIANO sull'istituzione in erede dei poveri e degli ammalati. La libertà che GIUSTINIANO dà ai testatori nel riguardo di queste ultime istituzioni non si concilia colla dipendenza nella quale quegli istituti di educazione stanno di fronte al governo dello Stato. E se si crede che anzi la fondazione di tali istituti sia permessa solo in quanto si concilii colla dipendenza loro dal governo dello Stato, si è per ciò solo pronunciata la condanna di questa teoria. Da ciò appare dunque quanto dubbia sia l'estensione di disposizioni eccezionali sulla base della semplice argomentazione dalla parità di concetti. Il legislatore è indotto alle eccezioni al diritto comune il più spesso per ragioni speciali che non si riscontrano facilmente in altri casi. Nell'applicazione estensiva del *ius singulare* perciò o bisogna estendere gli stessi motivi che stanno a base di esso, oppure si è costretti ad aggiungere una limitazione alla disposizione di legge. La prima cosa è arbitraria e inammissibile anche nella così detta estensione logica di un principio di diritto comune; l'aggiunta di limitazioni alla disposizione di legge porta invece a risultati del tutto diversi, di guisa che

---

ritiene di avere sufficientemente soddisfatto al compito di una interpretazione liberale del diritto ostentando un grandioso disprezzo delle regole limitative del diritto positivo.

Si può essere un grande ammiratore delle arti belle e dire tuttavia com'io ho detto nel mio parere a pag. 60: « Vi è qui uno scopo più alto di tutti gli istituti artistici del mondo, il diritto. Se questo si deve piegare a un dato scopo, a che cosa serve all'uomo tutta la coltura che gli procura l'arte? Se sparisce il rispetto alla legge anche il senso del giusto è morto e l'ammirazione più costante delle persone e delle storie sante non potrà farlo rivivere ».

non tanto quella si possa dire applicata a un altro caso, quanto creata per questo una nuova norma giuridica.

Esaminiamo ora gli argomenti che si adducono per l'applicazione della costituzione di GIUSTINIANO sui poveri, ecc., ai casi non enunciati:

1) S'invoca in primo luogo il *favor testamentarum*. Esiste infatti un favore legislativo delle disposizioni di ultima volontà [90]), ma si dovrebbe pensare che evidentemente questo favore non può condurre a distruggere le regole all'osservanza delle quali è espressamente collegata la validità dei testamenti.

Il significato di quel *favor testamentarum* si limita ai seguenti punti: *a*) quando è veramente dubbio se un testamento possa valere o no si deve decidere per la validità [91]; *b*) quando il testatore si sia espresso in modo equivoco, oscuro, o involuto, ma chiara sia invece la sua volontà, le espressioni da lui usate debbono interpretarsi nel senso di questa [92]); *c*) nel dubbio sulla specie o sull'estensione della disposizione deve preferirsi quel significato che più favorisce l'onerato [93]). Forse tutti, anche i difensori incondizionati del testamento Staedel, sono d'accordo nel ritenere che non si possa andar più in là senza distruggere tutto il diritto testamentario positivo; ma talvolta si sono intesi i testi sui quali si fondano le due regole in modo così ampio che logicamente necessiti giungere al risultato che tutto ciò che il diritto positivo stabilisce sulla forma e il contenuto del testamento possa essere anche disapplicato quando si vegga che così abbia voluto il te-

---

[90]) Cap. 26 X. *de sent. et re iud.* 2, 28. Confronta anche i testi di diritto romano nelle note seguenti.

[91]) L. 10 pr. D. *de inoff. testam.* 5, 2. Confronta L. 5 D. *test. quem. ap.* 29, 3: «publice enim expedit suprema hominum iudicia exitum habere». Confronta anche SEUFFERT, *loc. cit.*, pag. 44 seg.

[92]) L. 24 Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5. « Cum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum, credendum est ».

Vedi il mio Parere pag. 34 seg. SEUFFERT, *loc. cit.*, pag. 55-63.

[93]) L. 12 D. *de reg. iuris*, 50, 17, L. 13 pr. D. *de rebus dubiis*, 34, 5, L. 17, § 1, D. *de leg.* I, 30 e molti altri testi. Confronta SEUFFERT, *loc. cit.*, pag. 44 seg.

statore. Si è invocato anzi in questo senso MARCELLO « et si nihil facile mutandum est ex solemnibus, tanem ubi aequistas *evideas* poscit subveniendum est » [94]), senza pensare che se queste parole dovessero prendersi alla lettera [95]), non avrebbe più importanza alcuna l'osservanza delle forme, e un semplice progetto e anche l'intenzione provata di fare una data disposizione dovrebbero valere come testamento perfetto. Per ora la giurisprudenza liberale non è arrivata a tanto. E le disposizioni del diritto positivo sulla capacità di succedere non appartengono forse al *ius publicum* inderogabile per privata volontà, precisamente come quella sulla forma del testamento? Per quanto io so nessuno ne ha mai dubitato.

Eppure si è cercato di far valere, almeno come argomento accessorio per la validità dell'istituzione di fondazioni non ancora riconosciute, questo, che il capriccio o l'originalità di un qualche testatore o la sua stessa ignoranza della legge potrebbero anche vietare la domanda di riconoscimento dello Stato e che sarebbe certamente deplorevole se pel capriccio o l'ignoranza di un singolo fosse tolta allo Stato una fondazione di pubblica utilità, che avrebbe potuto fare il bene di migliaia [96]). Ma, se la validità dell'istituzione d'erede di fondazioni di pubblica utilità non ancora esistenti si può giuridicamente dimostrare, tali argomenti non sono necessarii, in caso diverso essi non hanno il minimo peso. Collo stesso diritto si potrebbe allora dire che ogni testamento, la cui esecuzione appaia desiderabile deve essere mantenuto in vigore quand'anche per capriccio o ignoranza del testatore non ne siano state osservate le forme.

Le leggi rendono possibile a chiunque abbia la volontà seria di fondare col suo testamento una fondazione di pubblica utilità

---

[94]) L. 183 D. *de reg. iuris*, 50, 17.

[95]) Sul suo vero significato vedi il comm. ad h. leg. di Giacomo GOTOFREDO, *Opuscula minora edita a* TROTZ, pag. 1187 seg. e il mio *Parere* pag. 26 seg.

[96]) NORTHOFF, *loc. cit.*, Confronta il *Parere della facoltà giuridica di Berlino sulla causa Staedel*, Francoforte 1827, pag. 12; ELVERS, *loc. cit.*, pag. 199.

di realizzare la sua volontà; egli può costituire prima la fondazione oppure istituire prima una persona capace coll'onere di curare la creazione della fondazione, appure anche, se non gli importa che la fondazione sorga indipendente da altre istituzioni pubbliche già esistenti, istituire lo Stato, il comune od altro simile istituto coll'onere di spendere il patrimonio per lo scopo voluto [97]). Se il testatore non si serve del mezzo offertogli pel raggiungimento dello scopo non è certo colpa del diritto positivo [98]); sarà dunque da deplorare se il capriccio o l'ingerenza della legge impediscono il raggiungimento di uno scopo lodevole; ma deve forse il diritto piegarsi a ciò?

2) S'invoca anche di solito il *favor piarum causarum*. Ma per quanto grande sia questo favore, esso non può mai far nascere un diritto dove non c'è, nè far apparire giustificata l'estensione dei diritti singolari e meno che mai una arbitraria soppressione di prescrizioni che stanno nel campo del diritto pubblico. Piuttosto potrebbe parere che l' applicazione delle disposizioni contenute nel diritto giustinianeo e nel diritto canonico sull' istituzione dei poveri, ecc., si potesse fondare sull'estensione del concetto di pia causa. Non si può infatti negare che il concetto di pia causa si sia esteso in certi riguardi; le dispute degli scrittori sul punto, se il diritto singolare delle pie cause, riguardo all'acquisto per atti di liberalità o alla restituzione in intero sull'analogia dei minori, si estenda a tutti gli istituti di pubblica utilità, sono state risolte in senso affermativo in alcuni diritti particolari. Per le scuole e per le università sembra che almeno alcuni di quei privilegi siano riconosciuti in generale dalla pratica; sull'applicazione ad altri istituti si disputa ancora, come si disputa se i privilegi *piarum causarum* si applichino anche agli altri scopi di pubblica utilità (vedi note 87-88). Gli autori di trattati hanno adempiuto il loro compito quando tengono conto di ciò nelle loro determinazioni di concetti, a condizione che prendano cura di non

---

[97]) Mio *Parere* pag. 124 seg., 128 seg.

[98]) Vedi sopra pag. 272.

esprimersi come se si trattasse di un concetto generalmente ammesso e sicuro [99]. Ma, che segue da ciò per la questione che qui ci interessa? Non l'applicazione dei privilegi sopra espressi o di simili a tutti gli istituti di pubblica utilità, perchè occorrerebbe per ciò poter portare a sostegno una legge particolare o una pratica consuetudinaria. Meno ancora da queste determinazioni dottrinali di concetti per quanto generali esse fossero, potrebbe dedursi il diritto di istituire erede qualunque scopo di pubblica utilità o di fondare colla semplice istituzione in erede fondazioni a ciò dirette. Innanzi tutto è chiaro che i concetti dei moderni sulla *pia causa* non possono avere alcuna influenza sopra un tal diritto, supponendosi sempre in essi l'esistenza degli istituti; infatti fino ai tempi nostri non si era neppur mai disputato su ciò, e solo i casi presentatisi nella pratica dei nostri giorni hanno dato luogo ad una trattazione della questione. Secondariamente poi si può anche ammettere che uno scopo o una istituzione acquista la qualità di pia causa senza che da ciò consegua una piena parificazione giuridica di essa con le altre pie cause, potendo benissimo, anche per le diverse persone giuridiche appartenenti tutte a una specie, valere diritti del tutto diversi [100]).

Anche quando le leggi riconoscano tali scopi o istituti di pubblica utilità come pie cause, si può sempre domandare

---

[99]) Nel mio *Lehrbuch* (Trattato delle Pandette) § 201 si trova questo concetto: « coll'espressione *pium corpus* suole indicarsi qualunque istituto esistente coi diritti di persona giuridica per uno scopo religioso, benefico, morale, d'istruzione e d'educazione ».

[100]) Per esempio, si aveva di mira soltanto i diritti e i privilegi delle associazioni operaie, L. 5 § 12 D. *de iure immun.*, 50, 6, L. 1, 2, 5, 8 Cod. *de hered. decur. navic.*, ecc., 6, 62. Confronta Eineccio, *De origine et iure collegiorum et corporum*, cap. I § 29. *Opusculorum variorum Sylloge*, exerc. IX, pag. 414. Vedi Dirksen, *Ueber den Zustand der iuristischen Personen nach R. R.* (La condizione delle persone giuridiche nel diritto romano), *Dissertazioni civili*, vol. II, pag. 79 seg. Si può anche aver l'opinione che le disposizioni liberali a favore delle scuole godano il privilegio delle disposizioni *ad pias causas* e tuttavia negare a quelle il diritto che la legge concede in certi casi alle chiese e ai conventi sui beni vacanti. Vedi la nota 88.

adunque in qual riguardo ciò avvenga, e non sarebbe difficile provare che i legislatori non hanno in nessun modo voluto con ciò confermare in precedenza la fondazione per atto privato di ogni e qualunque istituto di pubblica utilità. Ma una tal prova non è necessaria qui perchè Giustiniano non ha posto la regola che tutto ciò che si chiama *pia causa* possa essere istituito erede [1]), bensì ha concesso solo l'istituzione delle chiese, dei conventi e degli scopi di pura beneficenza.

3) Si è sostenuto ancora che l'istituzione di persone giuridiche inesistenti di qualsiasi specie valga sotto la presupposizione di loro futura esistenza, e che tale presupposizione possa non solo esprimersi come condizione, ma debba anche nei casi di questa specie ammettersi come sottintesa. Ed è, secondo questa opinione, un equivoco il confondere la capacità di succedere, la così detta *testamenti factio passiva*, col requisito dell'esistenza dell'erede e il riferire a questo requisito ciò che è scritto di quella. La capacità di succedere è un concetto giuridico: la legge divieta di istituire certe persone, onde la capacità deve esistere tanto al momento della confezione del testamento quanto a quello della morte, per la ragione semplicissima che l'istituzione di un erede al quale le leggi negano il diritto di ereditare è una volontà contraria alla legge che non può trovare tutela nello Stato. L'inesistenza invece, si segue, è il contrario dell'esistenza fisica e può essere tolta ad ogni momento. Nessuna legge proibisce l'istituzione di persone inesistenti e poichè già prima di Giustiniano poteva essere istituito un postumo alieno, poichè Giustiniano stesso concesse di istituire anche le persone incerte in senso ampio, non v'è alcun dubbio che qualunque persona possa esistere in futuro può anche essere istituita erede.

---

[1]) Questo è un presupposto consueto ma non provato di coloro che si sono pronunciati per la validità del testamento Staedel. Vedi anche Braun, *Erörterungen* (Dissertazioni sulle Pandette di Thibaut), pag. 722 seg. n. 2. Rinvio in senso contrario a quanto io ho già scritto nel mio Parere pag. 182 seg. e in questo *Commentario* a pag. 305 seg. di questo volume.

L'esistenza è una condizione necessaria dell'acquisto della eredità, ma per ciò appunto essa va sottintesa senza che il testatore abbia bisogno di esprimerla. Diversamente vanno le cose quando al tempo della confezione del testamento manchi la capacità di succedere o di acquistare: questa mancanza non ha importanza solo se l'istituzione sia fatta sotto la condizione di capacità e il testatore abbia dichiarato così che egli non vuole sottrarsi alla legge, bensì far acquistare effetto alla sua disposizione pel tempo in cui la legge contraria non sarà più applicabile [2]).

Alcuni dei presuposti su cui si fonda quest'opinione sono già stati esaminati altrove e noi giungemmo ai risultati seguenti:

1. la costituzione di GIUSTINIANO *de incertis personis* non riguardava il diritto ereditario delle persone giuridiche, ma quello di una persona non ancora individualmente determinata al tempo della disposizione, e cioè le disposizioni a favore: *a*) di soggetti che possono determinarsi soltanto per un evento futuro; *b*) di postumi; *c*) di coloro che alla morte del testatore saranno membri di una data corporazione [3]). 2 La costituzione non ha affatto abolito la regola che eredi o rappresentanti immediati di alcuno possano essere solo i già concepiti alla morte di quello, anzi questa regola apparisce così necessaria alla conservazione dell'ordinamento giuridico che essa non può essere esclusa neppure dalla condizione aggiunta espressamente di futura esistenza, ma perderebbe poi ogni significato se si ritenesse che tale condizione dovesse sottintendersi [4]). Con tali osservazioni l'opinione avversaria è da ritenersi pienamente confutata. Io voglio però aggiungere ancora qualche cosa:

a) Se noi esaminiamo un po' più da vicino la pretesa confusione tra capacità di succedere ed esistenza personale vediamo che i sostenitori di questa nuova distinzione sono costretti a con-

---

[2]) Vedi WENCK, *Contributo* cit., pag. 25, n. 1, 2; pag. 28 seg. Questa opinione è accolta anche dal BRAUN, *Dissertaz. sulle Pandette di* THIBAUT, pag. 522 seg. n. 4.

[3]) Vedi sopra pag. 282 seg. e infra nota 27.

[4]) Ivi pag. 269 seg.

cedere che l'esistenza della persona è il grado infimo della capacità [5]). Al difensore della validità del testamento Blum non è sfuggita infatti l'inconseguenza di questa affermazione e con ragione osserva contro il WENCK che dalla diversa qualità dei motivi di incapacità non si può dedurre un diverso trattamento di essa nel diritto positivo o diversità di conseguenze [6]). Del resto le nostre fonti nel trattare della capacità pongono insieme senza differenza le persone inesistenti e quelle alle quali manca la capacità, non ostante che esistano [7]), in guisa che una diversità dei singoli motivi di incapacità di succedere non può ammettersi se non quando la si trovi dichiarata nella legge o appaia necessaria [8]). Infine lo stesso WENCK distrugge la propria distinzione quando parla di una concessione fatta dalla legge di istituire persone non esistenti [9]). Dunque, prima che una tal concessione fosse fatta le persone inesistenti dovevano necessariamente ritenersi incapaci e non si potrebbe senza inconseguenza ammettere qui, più che in qualsiasi altro caso, come tacitamente aggiunta la condizione di capacità.

b) Se anche la costituzione *de incertis personis* si fosse veramente riferita alla capacità delle persone giuridiche, ciò non c'interesserebbe: sarebbe sempre riconosciuto in esse che una mancanza di personalità individale non è qui un ostacolo alla capacità di succedere e quindi per le persone giuridiche dovrebbe sempre

---

[5]) WENCK, *Contributo*, pag. 25.

[6]) NORTHOFF, *Die Giltigkeit der Erbeinsetzung* (Validità dell'istituzione in erede di una fondazione pia erigenda), pag. 55 nota 124. Vedi anche pag. 129 seg., dove è messa in luce l'inconseguenza a cui conduce questa distinzione fra inesistenza e incapacità. L'applicazione che ivi ne fa l'autore è, a dir vero, diversa dalla mia; egli è d'opinione che il WENCK si sia fermato a mezza strada, perchè anche nell'istituzione d'incapaci dovrebbe sottintendersi la condizione di futura capacità. Di ciò parleremo più a lungo in seguito.

[7]) § 21 seg. I. *de legatis*, 2, 20.

[8]) Ciò è appunto per l'istituzione dei veri postumi. Vedi sopra pagina 266 seg. e più oltre il testo alla nota 29.

[9]) *Loc. cit.*, pag. 28 seg., n. 4.

sottindendersi che esse sono capaci quando già esistano come tali [10]).

c) La possibilità di istituire figli postumi (i *postumi* veri e proprii) è una deviazione dai principii dello stretto diritto sulla capacità di succedere: questa deviazione però è giustificata pienamente da motivi legislativi e da essi anche sufficientemente spiegata [11]). Ora si dice che la istituzione di una persona giuridica futura dovrebbe esser regolata colle stesse norme che quella di una persona fisica futura [12]). Se ciò significa che *è possibile* una trattazione uguale dei due casi, in quanto la natura delle cose la comporti, nulla si può obiettare. Secondo i principii del diritto vigente però una tale uguaglianza di trattamento non è da ammettere.

In primo luogo non può essere dubbio che il legislatore quando parla della capacità dei postumi non ha di mira le persone giuridiche. Quando si parla di *suus* o *alienus postumus* non è possibile secondo le regole della lingua e del diritto riferire tali espressioni alle persone giuridiche future. Che GIUSTINIANO volesse mutare

---

[10]) E' assai dubbio, al meno stando alle fonti positive, se le persone giuridiche abbiano la capacità di succedere come *ius originarium*, vale a dire pel solo fatto che esse sono riconosciute. Vedi sopra pag. 269 seg. Quanto a me, io non ho mai negato che la pratica risolva la questione in senso affermativo. Vedi il mio Parere pag. 181 e sopra pag. 269 seg. Ed è per ciò un riferimento evidentemente falso quello contenuto nelle seguenti parole del BRAUN, *Dissertazione* cit., pag. 721 n. 1: « La nostra pratica ha sempre ammesso che le corporazioni lecite, cioè riconosciute, possano essere validamente istituite eredi; e gli avversarii dell'istituto Staedel lo negano ». Così si tende a scrutare l'opinione di quei pretesi avversarii, benchè sia chiaro che per la questione dell'istituto Staedel è indifferente se la legge dichiari o no capaci in generale di succedere le *persone giuridiche*. Vedi il mio Parere pag. 181. Affermazioni della stessa specie si trovano nei luoghi seguenti di quelle *Dissertazioni*. Vedi infra nota 23.

[11]) Vedi sopra pag. 269 seg. dove si trova una esposizione più particolareggiata di questi argomenti, che è da confrontarsi colla trattazione che segue.

[12]) Confronta specialmente NORTHOFF, *loc. cit.*, pag. 122 seg. Vedi anche ELVERS, *Erörterung* (Trattazione della dottrina della capacità testamentaria delle persone giuridiche), pag. 117, dove si trova però soltanto l'affermazione che tra i due casi non vi è differenza.

radicalmente il principio secondo il quale i postumi non poteano una volta essere istituiti e che ciò anche abbia detto [13]) si può concedere, ma è erroneo il dire che la riforma di GIUSTINIANO sarebbe senza significato se non si riferisse anche alle persone giuridiche future [14]). Quando poi l'applicazione delle disposizioni sui postumi si argomenta anche dal fatto che GIUSTINIANO non distingue nella costituzione *de incertis personis* fra una persona futura fisica e una giuridica, e che per buona regola di ermeneutica le parole di lui debbano riferirsi a questa e a quella [15]), è da notare che l'ermeneutica vuole piuttosto che le disposizioni di legge s'intendano nel senso in cui sono espresse. Ora, l'espressione *postumus* ha un significato così preciso che il legistatore avrebbe dovuto esprimersi diversamente, se nel disporre sulla istituzione di persone future avesse pensato anche alle persone giuridiche. Solo si potrebbe proporre la questione se non fosse possibile una applicazione analogica delle regole sulla capacità dei postumi alle persone giuridiche future.

A questa questione deve rispondersi negativamente, se non altro perchè quelle regole sono di diritto singolare e correttivo e sono per ciò da interpretare restrittivamente. La loro singolarità non è dubitabile, perchè esse, per quanto riposino sull'equità naturale, contengono tuttavia una deviazione dalla regola per la quale solo una persona già esistente e vivente può essere istituita erede. Esse poi sono da considerare leggi correttive, perchè quella regola fondamentale neppure in riguardo ai postumi è completamente abolita, ma solo modificata, essendo capace di istituzione non già ogni postumo, ma solo quello concepito al tempo

[13]) NORTHOFF, *loc. cit.*, pag. 121 seg.

[14]) Vedi sopra pag. 243 seg. dove è dimostrato con esattezza in quali punti GIUSTINIANO abbia esteso il diritto allora vigente circa la capacità dei postumi.

[15]) NORTHOFF, *loc. cit.*, pag. 131; WENCK, *loc. cit.*, pag. 28 e seguenti, n. 4.

della morte del testatore [16]). Del resto, se anche fosse possibile una applicazione analogica, l'analogia non si riscontrerebbe nel caso nostro.

Infatti per le persone giuridiche manca in primo luogo la ragione su cui si fonda l'ammissibilità dell'istituzione dei postumi ed è che fin che esisteva la regola dell'incapacità dei postumi non c'era nessun mezzo in potere del testatore di attribuire qualche cosa per atto di ultima volontà a un uomo non ancora nato, e ciò doveva apparire duro e iniquo specialmente pei casi in cui potea avvenire la rottura di un testamento per agnazione di postumo. Era adunque necessario per questo caso un diritto più equo. Ognuno invece può benissimo realizzare la sua volontà riguardo a una persona giuridica non ancora esistente, chiedendo per essa il riconoscimento del capo dallo Stato o dell'autorità a ciò delegata. Quello che nel primo caso adunque si fondava su una *ratio necessitatis* apparirebbe nel secondo una limitazione non necessaria di una regola per sè molto opportuna.

La disposizione sui postumi, inoltre, non si adatta, così com'è scritta nelle nostre fonti, alle persone giuridiche. I postumi sono dichiarati capaci quando siano già concepiti alla morte del testatore, perchè in tal caso essi sono considerati come esseri veramente esistenti [17]). È noto come i romani derivassero, come conseguenza pratica del concetto che il figlio nelle viscere materne si considera vivente, la cura del mantenimento della sua esistenza e dei suoi

---

[16]) L. 6 seg. D. *de suis et leg. her.* 38, 16, L. 3 Dig. *de bon. poss. sec. tab.* 37, 11; L. 30 § 1 Cod. *de inoff. test.*, 3, 28. L'opinione in parte contraria del WENCK è già stata sottoposta altrove ad una minuta critica e ivi si è dimostrato che la regola che chi non è concepito alla morte del testatore non può succedere è applicabile ancora pel diritto nuovo. Vedi sopra pag. 269. Non sarà senza interesse per il lettore il sapere che quest'opinione è stata poco fa accolta dal collegio giudicante della facoltà giuridica di Gottinga, posto che, come io ho potuto constatare nello studio di questa importante dottrina, la nostra letteratura ha su di essa così poche cose apprezzabili.

[17]) L. 7 D. *de suis et leg.* 38, 16; L. 1 § 8 D. *unde cognati* 38, 4. Confronta sopra pag. 238, 257, 264.

diritti patrimoniali, la nomina di un *curator ventris*, ecc. [18]). Bisogna dunque rinnegare tutti i principii giuridici per poter applicare quello che è scritto sul diritto degli embrioni alle persone giuridiche non ancora costituite. Al figlio nel ventre materno sono attribuiti diritti perchè egli ha una esistenza vera, benche incompleta. Dove si può trovare il punto di somiglianza con una persona giuridica da fondare? Può questa considerarsi avente una specie di esistenza per il fatto che alcuno manifesta la sua volontà di fondarla? Possono per essa pretendersi diritti e mezzi di conservazione come la legge li attribuisce agli embrioni? Se ciò fosse possibile, anche il desiderio di aver figliuoli o, per lo meno, l'intenzione manifestata di ammogliarsi per aver figliuoli, dovrebbe esser capace di produrre embrioni aventi diritti. Logicamente infatti simile dichiarazione equivale a quella di voler fondare una persona giuridica. In ambedue i casi manca un subietto al quale possano attribuirsi diritti, pel quale un terzo possa esser costituito rappresentante giudiziale o stragiudiziale o contro l'esistenza del quale possa attentarsi come contro l'esistenza del figlio nell'alvo materno.

A chi ben guardi apparirà anche non priva di fondamento l'osservazione che l'imammissibilità di una parificazione tra embrione e persona giuridica futura si dimostra *ab assurdo* [19]), osservazione questa cui non si è dato finora sufficiente peso [20]), o che si è cercato di distruggere soltanto con delle semplici affermazioni contrarie [21]). Chi vuol trovare delle somiglianze le trova per tutto. Anche le cose e i concetti più diversi hanno qualche lato comune e di tali somiglianze accidentali se ne trovano anche fra l'embrione e la progettata fondazione di una persona giuridica; difficilmente però si potranno trovare somiglianze sostanziali quali si richiedono

---

[18]) Vedi sopra pag. 236.

[19]) Confronta il mio *Parere*, pag. 274 seg. n. 3.

[20]) Northoff, *loc. cit.*, pag. 123.

[21]) Klueber, *Abhandlungen und Beobachtungen für Geschichtskunde Staats und Rechtwissenschaft* (Dissertazioni e osservazioni di storia, politica e giurisprudenza), vol. I, Francoforte 1830, Diss. IX pag. 361.

per un'applicazione analogica della legge. L'embrione esiste e vive per legge di natura; il diritto positivo riconosce questa vita come efficace giuridicamente a garantire i diritti e le possibilità di acquisto che da essa derivano. Ciò che non esiste affatto fisicamente ed ha soltanto per finzione di legge qualità di subietto giuridico, non può invece esistere prima che l'atto di fondazione sia avvenuto, come in genere tutte le cose per l'esistenza delle quali occorre un negozio giuridico vero e proprio.

Invano i difensori dell'analogia in discorso invocano ancora altri argomenti. L'embrione artificiale o *embryo moralis*, l'utero morale in contrapposto all'utero fisico [22]), sono, per dirla con frase delicata, aberrazioni scientifiche e il miglior modo di trattarle è ignorarle [23]). E si può anche concedere che la massima parte

---

[22]) Confronta PAULUS, *Ueber die Rechtstreit*, ecc. (La lite sulla capacità di succedere dell'istituto artistico fondato da Staedel), Heidelberg 1827, pag. 61 seg. KLUEBER, *Diss.* cit., pag. 337-52, 361-63.

[23]) Nelle dissertazioni del BRAUN sulle *Pandette* del THIBAUT si trova il seguente passo: « Spesso si è applicata contro l'istituto Staedel la teoria dei postumi, sebbene questa analogia molto artificiosa non sarebbe dannosa all'istituto. Infatti se si vuol giuocare coi concetti si può anche dire molto elegantemente: un tale istituto è un'idea nella testa del testatore e può essere considerato *quasi embryo tempore testamenti conceptus* » (pag. 723, n. 3). Ma sono appunto i difensori del testamento Staedel quelli che hanno cercato di tenerlo in vigore sull'anologia dell'istituzione in erede di un postumo, ed io ho già cercato di porre in luce questo concetto nella sua nudità nel mio Parere a pag. 274 seg. È per ciò fuor di dubbio che il sig. BRAUN, o chi altro sia l'autore di quel fascicoletto, ha frainteso il maestro, il quale probabilmente voleva dire soltanto, che i difensori del testamento avrebbero fatto meglio a lasciare in pace il postumo. Pur non di meno in occasione del caso Blum si è di preferenza invocata l'autorità di questo scrittore credendo di trovarvi un argomento per la validità del testamento; vedi *Hannover juristische Zeitschrift* (Rivista giuridica dell'Hannover) del 1832, n. 12. Del resto quali equivoci prenda il BRAUN ci prova anche un altro testo, che è pure connesso al nostro argomento. Uno dei difensori del testamento Staedel avea cercato di dimostrare il carattere pio della fondazione anche coll'argomento religioso di alcuni dei quadri della raccolta Staedel. Io avevo nel mio Parere, pagina 146, osservato in contrario: « Se il carattere dell'istituto si deve argomentare dall'argomento dei quadri, bisogna prendere in considerazione anche le pitture di carattere profano: e qual nome allora prenderà l'istituto da alcune di esse? ».

dei principii di diritto, che riguardano le persone giuridiche, siano presi dal campo dei principii stabiliti per le persone fisiche [24]), senza che per ciò debba ammettersi una parificazione delle une alle altre riguardo ai diritti che riposano su motivi speciali. Quanto dubbia sia questa parificazione hanno visto anche alcuni dei suoi stessi difensori, onde han cercato di aiutarsi in altro modo, sia negando il principio che l'uomo inesistente debba essere almeno concepito alla morte del testatore [25]), sia affermando che si può anche ammettere una analogia, senza che per ciò si debba applicare tutto ciò che vale pel concetto originario al concetto analogico [26]). Dunque, prima si sostiene una parificazione dei concetti giuridici per i postumi e le persone giuridiche, ma si rigetta quando questo contraddice ai risultati voluti!

In nessun caso però meglio che in questo appare quanto sia arbitrario un tal procedimento. Ammesso una volta che la capacità di succedere vi sia sotto certi presupposti, è poi impossibile, senza distruggere del tutto le regole che valgono per l'applicazione analogica, riconoscere questa capacità in altri casi nei quali quei presupposti mancano. Per conseguenza o si deve rinunciar qui all'analogia o comprendere in essa anche il così detto utero morale [27]).

Il nostro autore ha frainteso anche queste parole e dice: « Per riguardo ai quadri profani certo non tutto può esser chiamato pio, *cosa alla quale gli avversari dell'istituto hanno dato un gran peso* (pag 723) ». C'è da credere appena ai propri occhi nel leggere ciò. Chi ha dato importanza a quella circostanza? Non certo colui che combatte l'idea che una raccolta artistica possa ricever la qualità di pia causa per l'argomento religioso dei suoi quadri! In questo modo però non è difficile confutare qualunque opinione.

[24]) Northoff, *loc. cit.*, pag. 132.

[25]) L'autore del Parere di Lipsia sul testamento Staedel aveva accolto nel parere l'opinione giusta; Wenck, *De pia causa in eodem testamento et constituta et ad hereditatem vocata*, Lipsia 1817 pag. 8-9. Ma nel *Contributo* (Beiträg) respinge questa opinione senza addurre altro motivo che quello di essersi dopo nuovo esame persuaso dell'infondatezza di essa (pag. 29 seg.). Quanto a me ho già esposto diffusamente sopra a pag. 269 le ragioni della mia diversa convinzione.

[26]) Northoff, *loc. cit.*, pag. 123.

[27]) Osservo qui di passaggio che quando si creda di riferire la costituzione *de incertis personis* alla capacità delle persone giuridiche non

d) Si discute anche se sia possibile l'istituzione di incapaci sotto la condizione di capacità futura: ma l'opinione più comune difesa già in altro luogo di questo *Commentario* [28]) è favorevole, colla sola limitazione che la regola che l'erede debba almeno esser concepito al momento della morte del testatore non possa esser esclusa da alcuna condizione, perchè ciò sarebbe inconciliabile coi motivi speciali di questa regola [29]). Per le persone giuridiche non ancora esistenti invece l'istituzione condizionata è da ritenersi senza alcun dubbio ammissibile, e in questo, come in altri casi, non importa che il testatore abbia detto espressamente di istituire l'istituto sotto la condizione di sua futura esistenza, basta che ciò risulti chiaramente dal modo come la disposizione è formata [30]).

---

si possono lasciare inosservate le parole contenute nella *lex costituta* « Si qui tempore mortis testatoris fuerint inventi in catalogo »; ora queste si riferiscono evidentemente soltanto alle persone giuridiche che si trovano nell'elenco pubblico già al tempo della morte del testatore, quindi a persone giuridiche già esistenti. Tuttavia dal discorso di cui quelle parole fanno parte appare che qui non si tratta dei diritti del collegio, bensì piuttosto di quelli dei membri di esso. Vedi sopra pag. 272.

[28]) Vedi pag. 93 seg.

[29]) Vedi pag. 272.

[30]) Vedi per esempio L. 51 pr. D. *de legatis* II, 31. L. 23 D. *de cond. inst.*, 28, 7. Appena occorre osservare che la così detta condizione tacita non deve confondersi nè con la condizione presunta, nè con la condizione espressa veramente in modo implicito. Mi limito ad osservare per ciò che riguarda l'ingiusta applicazione che di questi concetti si è fatta nella nostra questione, quanto segue: *a*) la capacità è una condizione sottintesa: quando pertanto la legge richiede la sola esistenza al momento della conclusione del negozio sul quale si fonda l'acquisto di un diritto, ma concede che la futura capacità possa essere espressa come condizione, vi è una contradizione logica nell'ammettere che questa condizione si debba ritenere sempre espressa, perchè essa contiene un presupposto necessario dell'efficacia del negozio; *b*) una condizione è presunta quando dalle circostanze o dal contenuto di una disposizione appare probabile che l'autore della disposizione abbia voluto esprimerla. Questa probabilità è spesso elevata a certezza ossia a così detta presunzione *iuris et de iure* riguardo alle condizioni fedecommessarie nelle quali non si guarda in generale alla formula usata dal testatore (L. 102 D. *de cond. et. dem.* 35, 2; L. 84 pr. D. *ad S. C. Treb.* 36, 1); ma non è necessario dimostrare che tali presunzioni non sono ammissibili dove la legge richiede un'espressione sicura e precisa della volontà. *c*) L'espressione, condizione tacita è

Più oltre però non si può andare senza distruggere il principio stesso. E questo sarebbe il caso se si volesse argomentare nel seguente modo: « poichè non si può dubitare che il testatore abbia voluto istituire la persona non esistente solo sotto la condizione e nell'aspettativa della sua futura esistenza, questa condizione si deve sempre sottintendere » [31]. Nè si può qui addurre l'argomento che solo nei negozii giuridici formali non può esser ritenuto indifferente che la condizione sia espressa o tacita [32], nè l'infondatezza già sopra mostrata della distinzione fra esistenza e capacità, sulla quale soltanto può parer fondata la teoria della condizione sottintesa. Perocchè, anche astraendo da tutto ciò e fondandosi invece sulla volontà del testatore, non è affatto indubitato se egli avrebbe disposto come dispose se avesse saputo che cosa richiedono le leggi per l'esistenza legale di una personalità, o se in tal caso non avrebbe egli ricorso ad altre regole per ottenere con piena sicurezza il raggiungimento della sua ultima volontà. Soltanto la condizione espressa di futura capacità può dunque dare la persuasione che non manca il *certum consilium*,

---

suscettibile di parecchie interpretazioni potendo essa riferirsi tanto alle *condiciones iuris* quanto alle condizioni presuntive. Qui s'intende per essa una condizione espressa implicitamente, cioè tale che benchè manchi una formola condizionale vera e propria, tuttavia dalla espressione usata la volontà condizionata appaia con certezza, come se per esempio un testatore volesse creare una fondazione coll'atto stesso dell'istituzione in erede e dicesse di istituire erede l'istituto che sarà dopo la sua morte creato mediante il riconoscimento dello Stato. Si può dubitare se i giureconsulti romani abbiano ritenuto sufficiente ciò, anche ammettendo che la L. 62 D. h. t. (« in tempus capiendae hereditatis institui heredem posse benevolentiae est ») non si riferisca esclusivamente alla mancanza di *ius capiendi*, ma alla vera e propria incapacità di succedere; quanto a me mi sono già pronunciato nel mio parere in senso negativo. Se si pensi però che non è più prescritta oggi una formulazione precisa della condizione e nel diritto nuovo non ha più neppure importanza la formula usata nella istituzione d'erede, si potrà bene invocare il favore dei testamenti per la validità della istituzione nel caso in discorso.

[31]) Wenck, *Contributo* citato pag. 35 seg.

[32]) Basterà ricordare qui il principio, che al caso nostro deve applicarsi in senso inverso, *expressa nocent, non expressa non nocent*. L. 195 D. *de regulis iuris* 50, 17 e L. 77 *eodem*.

la sicura determinazione di volontà, la cui esistenza deve apparire dalla disposizione stessa. Ma poichè anche di questo punto si ha già una trattazione particolare in altro luogo del *Commentario*, basterà un rinvio a quello [33]).

4) Gli argomenti contrarii esposti al n. 3 partono dal supposto che la personalità fisica o giuridica sia la condizione di una valida istituzione d'erede. Ma si è anche battuta una via del tutto opposta per sostenere la validità dell'istituzione di tutti gli istituti di pubblica utilità. Si è negata cioè l'indipendenza personale di tali istituti considerandoli solo come un insieme di diritti patrimoniali, che debbono, quando la fondazione abbia origine privata, esser dati ad una comunità ecclesiastica o secolare coll'imposizione di un *modus* [34]). Tutte le fondazioni di pubblica utilità sarebbero in questo concetto *res universitatis* e lo scopo di ogni singola fondazione sarebbe quello che determinerebbe a quale *universitas* essa appartenga, se allo Stato, alla Chiesa, o ad altra comunità; e così per esempio, una fondazione stabilita in un determinato luogo per l'utilità o l'ornamento di esso, sarebbe una *res* di quella comunità senza appartenere però al patrimonio di essa [35]).

Gli argomenti principali per questa opinione sono in primo luogo che altrimenti mancherebbe il subietto dei diritti, seconda-

---

[33]) Vedi pag. 272 seg.

[34]) Rosshirt, nell' *Archiv für die Civilistische Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. X, n. 13 e nella sua edizione del *Trattato* del Mackeldey, § 145 nota *a*. Confronta pure il parere della facoltà giuridica di Heidelberg nella causa Staedel pagina 7 seg. Fritz, edizione del Wening-Ingenheim, *Diritto civile comune*, 1, § 69 e nelle Aggiunte a questo 1, pag. 153. Northoff, *loc. cit.*, pag. 13, 37. Io posso fare a meno di una critica particolare di questa opinione, sia perchè molto in proposito è già stato detto nel principio di questo stesso paragrafo, sia perchè io non posso qui ripetere completamente ciò che ho già detto nel mio Parere a pag. 63-83. In alcuni punti io ho cambiato opinione, ma nelle sue linee generali io non posso dopo un più minuto esame abbandonare la mia prima opinione, nè saprei aggiungere nulla di sostanziale alle ragioni addotte la prima volta.

[35]) Rosshirt, *loc. cit.*, pag. 342, n. 2. Da questo esempio si vede a che cosa tenda tutta quanta la sua argomentazione perchè lo Staedel avrebbedovuto esprimersi presso a poco in tal modo nel suo testamento.

riamente poi s'invoca la nota regola del diritto romano e del diritto canonico sulla colleganza fra la Chiesa, la cura dei poveri e le istituzioni di beneficenza, sulla quale poi si costruisce senz'altro un'identica colleganza fra lo Stato o i comuni e le altre istituzioni di pubblica utilità.

Ma per ciò che riguarda:

a) l'affermazione che la fondazione non possa essere il subietto di sè stessa, si ha evidentemente un troppo ristretto concetto del subietto dei diritti. Il concetto di persona giuridica è un mero concetto giuridico, una finzione, e ciò non è meno nelle *universitates personarum* che nelle fondazioni non appartenenti alle *universitates*, perocchè anche in quelle la personalità non è affatto congiunta alle singole persone, non dunque a qualche cosa di appariscente esteriormente, ma ad un mero concetto. Come dunque una pluralità di persone può per un concetto giuridico esser concepita congiunta in unità e a questa unità fittizia può essere attribuita la qualità di subietto di diritti e di obbligazioni, parimente è possibile rivestire della personalità un insieme di diritti patrimoniali per un determinato scopo. Tutte le argomentazioni che si traggono dall'impossibililà fisica potrebbero esser dirette anche alle *universitates personarum*, ma non hanno alcun valore quando si tratta di semplici concetti giuridici. Ciò in fatto è stato sempre riconosciuto riguardo ad istituzioni per scopi speciali, che si trovano quasi sempre accanto alle vere istituzioni dello Stato o dei comuni, vale a dire l'istituzione è in tal caso considerata subietto di diritti [36]) e trattata praticamente come tale.

---

[36]) I moderni hanno bensì affermato che l'opinione che le fondazioni pie abbiano a ritenersi come persone indipendenti non sia stata conosciuta in antico e sia stata ammessa nei trattati soltanto dopo l'apparizione del programma delle Pandette del Hesse. Vedi per esempio Fritz, *loc. cit.*, pag. 153. Tuttavia, sebbene la tendenza degli scrittori, apparsa soltanto nei nuovi tempi, ad assicurare ad ogni concetto giuridico un posto nel sistema sia stata l'occasione per la quale noi troviamo considerato in tutti i libri il concetto giuridico della pia causa, contradice a tutta l'esperienza lo ammettere che soltanto dalla considerazione dottrinale di principii e di concetti giuridici già prima appartenenti alla pratica e supposti come conosciuti da ciascuno per l'esperienza quotidiana, possano nascere concetti giuridici

Essa conclude contratti, acquista diritti di tutte le specie, assume obbligazioni, è liberata da pesi, ottiene la restituzione in intero, conduce processi, transige, ecc., e tutto ciò non come un ramo dell'amministrazione dello Stato o del comune, ma in contraddittorio dello Stato o della città [37]): dovrà dunque dirsi che si può contrattare con sè stesso o condurre un processo contro sè stesso?

---

essenzialmente diversi; la dottrina edifica in simili casi su ciò che è già noto ed ammesso, benchè essa dia di solito occasione ad un esame più profondo delle cose e talvolta anche a dubbii fondati riguardo a ciò che fino a quel momento era ritenuto come verità indiscutibile. Ciò è avvenuto anche riguardo alle questioni che qui ci occupano e su taluni punti i giureconsulti pensano oggi diversamente da qualche tempo prima: ma nel complesso le ricerche moderne sul fondamento e il rapporto giuridico delle pie cause hanno condotto soltanto ad una conferma di ciò che fu per lungo tempo accolto come verità e seguìto nella pratica, e certi principii, come quello che mancherebbe un subietto di diritti se non si volesse ritenere la personalità delle fondazioni pie tutt'una con quella di una comunità laica od ecclesiastica, non sono affatto mutati. Io poi non so quanta conseguenza ci sia in questa osservazione del Rosshirt, pag. 321, « che esse (le pie cause) abbiano patrimonio e diritti è provato dall'esperienza quotidiana, onde ne è venuto naturalmente che esse si considerassero come istituzioni giuridiche a sè » o nell'altra : « non si può dopo questa esposizione negare che il concetto della persona giuridica possa estendersi oltre quella della *universitas* » (pag. 327). Dove va allora la *impossibilità* di considerare la fondazione stessa come il soggetto del patrimonio?

[37]) Vedi il mio Parere pag. 70, nota 78, n. 2 e pag. 82 e sopra pagina 293 seg.

Confronta anche il parere di Gottinga sulla causa Staedel pag. 14, dove fra le altre si trovano le seguenti notevoli osservazioni: « l'istituto stesso non può come persona morale, e quindi soggetto di diritti, essere oggetto di proprietà. È una premessa falsa quella che ogni città come tale sia da considerare proprietaria del patrimonio di tutti gli istituti esistenti nelle sue mura e creati per l'utilità o il decoro di essa. Con questo concetto si dovrebbe attribuire alle città il patrimonio di tutte le chiese, conventi, ospedali o corporazioni esistenti entro le sue mura. La inesattezza innegabile di tale affermazione non soltanto si dimostra facilmente a priori, ma un semplice sguardo alla verità delle cose ne persuaderà facilmente, quando non si confonda col diritto di proprietà il semplice diritto di sovranità, che compete alla città per la tutela e l'amministrazione del patrimonio della fondazione e la cura della sua erogazione statutaria ». Vedi anche il parere della facoltà giuridica di Kiel, pag. 15.

Poichè a questa domanda non si può, senza rinnegare tutti i principii di diritto, rispondere affermativamente e le circostanze di fatto indicate sono di solito ammesse o quanto meno non sono negate, questa è necessariamente la prova della personalità propria delle istituzioni di pubblica utilità le quali non appariscono come vera e propria istituzione governativa [38]).

b) La colleganza fra gli scopi ed istituti di beneficenza e la Chiesa è già stata mostrata sopra [39]) ed in ciò concordano anche altre trattazioni precedenti [40]); oltre di che l'opinione che l'istituzione dei poveri sia da considerare sempre come istitu-

---

[38]) Ancora una volta devono ripetersi qui le parole sopra espresse: nessuno nega i dati di fatto citati: anche nei pareri e nelle sentenze, che si sono pronunciati per la validità del testamento Staedel, è ammesso il principio che le pie cause abbiano una personalità propria e che sia collegata al loro patrimonio (Parere di Berlino, Francoforte, 1877, pag. 6 seg.; parere della facoltà giuridica di Bonn esteso da Droste, pag. 26 seg.), e si cerca di dedurre da altri argomenti la validità del testamento Staedel.
Il Rosshirt fonda il suo concetto, che un istituto senza personalità propria possa essere considerato come subietto di un patrimonio ed avere una propria forma esteriore, sull'argomentazione che la fondazione sia *res universitatis*, ma non appartenente al patrimonio di questa (pag. 324), senza però spiegare come qualche cosa possa essere una mia *res* e contemporaneamente apparire come il mio avversario. Al rinvio che io facevo nel mio Parere pag. 79, nota, al giudizio dei capi di tali istituti, quali si trovano in tutte le grandi città, e ai procuratori e ai giudici che hanno avuto ad occuparsi degli affari di essi, il Northoff risponde a pag. 28 che è possibile che tali persone siano a prima vista e senza una più matura considerazione della cosa, persuase della personalità di tali istituti, e fa supporre che io mi cantradica attribuendo la personalità anche alle istituzioni dello Stato che pure sono senza dubbio proprietà dello Stato. Ma io lascio volentieri al giudizio di ogni persona spregiudicata di dire se veramente una considerazione più matura della cosa possa condurre al risultato della possibilità di contrarre con sè stesso, di processare sè stesso e via dicendo e anche di apprezzare l'osservazione da me fatta a pagina 72 del Parere, che talvolta alle instituzioni vere e proprie dello Stato spettano i diritti delle persone giuridiche senza che per ciò ne sia mutato il loro rapporto di fronte allo Stato stesso. Chi non abbia proprio voglia di trovare qui una contradizione, non ve la troverà certamente. Una più minuta polemica su questo argomento non sarebbe qui a posto.

[39]) Vedi sopra pag. 292.

[40]) Mio Parere pag. 170 seg.

zione della Chiesa [41]) è ora modificata, ammettendosi invece che istituiti siano i poveri stessi o piuttosto lo scopo di beneficenza [42]). Inoltre si è già anche notato che innegabilmente quella colleganza colla Chiesa non è più completa, e che anzi essa è sotto certi riguardi cessata, essendo le istituzioni pei poveri ormai soggette di solito all'autorità dello Stato o del comune [43]). Tutto ciò non ha la minima influenza sulla nostra questione. Il rapporto fra la Chiesa e gli istituti di beneficenza potrebbe ancora essere lo stesso che nel diritto romano e nel diritto canonico senza che per ciò dovesse ammettersi che la personalità di tutte le fondazioni di questa specie si identificasse sempre colla personalità della Chiesa (vedi sopra pag. 293). Inoltre non si è mai negato che la possibilità di una fondazione di tali istituzioni mediante atto privato abbia luogo ancora negli stessi confini tracciati da quei diritti [44]). Ma insieme si è dimostrato che da ciò non si può derivare alcuna conseguenza per tutte le istituzioni di pubblica utilità [45]), e così tutti gli argomenti addotti a prova del contrario si ridu-

---

[41]) Ivi pag. 172.

[42]) Vedi sopra pag. 298 dove è anche contenuta una trattazione più particolare sul significato e lo scopo di questa anomalia.

[43]) Vedi sopra pag. 303. Anche le dispute sopra riferite dei più antichi scrittori provano che già allora non tutti gli istituti di beneficenza erano collegati colla chiesa come è ammesso nelle fonti del diritto comune. Confronta sopra pag. 650. Ma ciò non riguarda la presente questione. Vedi quanto segue nel testo.

[44]) Vedi sopra pag. 652. Il FRITZ, *citate aggiunte al* WENING-INGENHEIM, pag. 153 e seg., crede che io aderisca all'opinione del ROSSHIRT, per il diritto comune scritto, ma mi attribuisce l'opinione che il diritto comune consuetudinario abbia modificato ciò e poichè ciò non è provato egli dice che il diritto scritto deve riguardarsi nuovamente come vigente oggi. Ma già dalla nota 68 del mio Parere a pag. 78-79 appare che io non aderisco all'opinione del ROSSHIRT nè può parlarsi di concordanza delle nostre interpretazioni, perchè nel Rosshirt non c'è nessuna interpretazione vera e propria, ma solo un breve cenno storico dogmatico. Quello che io penso sulla deviazione dal diritto romano è già stato osservato nel testo e non ha nulla a che fare colla questione che qui c'interessa.

[45]) Vedi sopra pag. 659.

cono al concetto già confutato sotto la lettera *a*, che le istituzioni di pubblica utilità non possano essere subietti indipendenti, ma la loro personalità si confonda con quella di una *universitas* ecclesiastica o secolare. Qui però è ancora da aggiungere qualche osservazione già esposta da me diffusamente altrove [46]).

La limitazione della personalità e dei rapporti di diritto patrimoniale per parte del diritto di sovranità dello Stato è per la natura stessa della cosa più ricca di effetti per le persone giuridiche che per gli altri sudditi, e ciò è tanto più quanto più gli scopi della persona giuridica sono prossimi a quelli dello Stato o del governo, vale a dire appunto nelle istituzioni meramente di pubblica utilità. Ma da ciò non segue che il patrimonio di tali fondazioni appartenga allo Stato, nè che ad esse non competa una personalità. Ciò avviene solo quando fondazioni di tale specie siano costituite dal governo stesso; in tal caso non di rado vien loro attribuito il diritto di una persona morale per dar loro una certa indipendenza nei riguardi degli acquisti e della difesa giudiziaria, senza che però cessino di essere branche dell'organismo dello Stato. Ma posto anche che non vi fosse alcuna differenza essenziale fra le istituzioni dello Stato vere e proprie che hanno i diritti della persona morale e le istituzioni di fondazione privata, non ne seguirebbe che ogni fondazione di pubblica utilità dovesse considerarsi come una vera istituzione dello Stato e la sua personalità quindi identificarsi con la personalità di questo. Sempre dunque si ritorna alla questione se sia possibile la fondazione di un tale istituto per atto privato ovvero, ciò che è lo stesso, se sia possibile l'istituzione in erede di un istituto di questa specie non ancora esistente. A questa domanda deve secondo quanto si è già diffusamente esposto sopra, rispondersi di no. Chi vuol fondare una istituzione di utile pubblico, può ottenere ciò disponendo a favore dello Stato, di un comune o di altro istituto di Stato esistente, coll'onere di erogare il lascito per lo scopo da lui voluto [47]),

---

[46]) Vedi il mio Parere pag. 63 seg.

[47]) Vedi il mio Parere pag. 71-72. « Ciò che è donato, legato o altrimenti acquistato ad esse (alle istituzioni di Stato) appartiene allo Stato

Il diritto romano ammetteva inoltre in modo espresso l'istituzione in erede diretta per i soli scopi di pura beneficenza (vedi sopra pag. 650 seg.). Ma nessuno può creare per atto proprio privato una persona giuridica neppure per scopi di beneficenza; chi voglia far ciò o comunque voglia ottenere la fondazione di un istituto di pubblica utilità, deve richiedere prima il riconoscimento dello Stato, o far dipendere la validità della sua disposizione dall'avverarsi di quella condizione, oppure dare incarico ai proprii eredi di attuare la sua volontà.

Due cause molto simili in tema di eredità, quella sul testamento del commerciante Staedel di Francoforte sul Meno del 1815 e l'altra sul testamento del possidente Blum in Hildesheim del 1832, hanno richiamato l'attenzione di tutta la Germania. In ambedue si trattava appunto la questione se un patrimonio cospicuo dovesse andare agli eredi intestati o se invece dovesse nascere con esso un grande istituto di pubblica utilità voluto dal testatore. Nell'un caso e nell'altro la soluzione della questione dipendeva del vedere se il testamento, secondo i principii del diritto vigente, dovesse esser riconosciuto valido e meritevole di protezione; o meglio la questione potea in ambo i casi porsi così: è stata o no istituita una persona capace? I principii giuridici dai quali dipende la decisione non furono dapprima sufficientemente approfonditi; almeno il pubblico non ha conosciuto alcuna ricerca in questo senso. Secondo i principii ben noti sulla testamentifazione passiva e la necessità dell'esistenza di essa al tempo della confezione del testamento, come essi erano insegnati comunemente a quel tempo,

---

ed è indifferente se nell'atto sia nominato lo Stato stesso o il suo istituto ». A pag. 73 è detto: « Gli istituti di istruzione e di beneficenza fondati dallo Stato sono da considerare come vere istituzioni dello Stato stesso. Essi non sono capaci di acquistare per atto di ultima volontà o in altro modo ». A pag. 98: « Chi istituisce erede una istituzione dello Stato istituisce infatti implicitamente la Stato stesso ». E finalmente a pag. 124 è osservato che si può istituire erede una città coll'onere di fondare un istituto di utile pubblico nel modo stabilito dal testamento. Confronta anche pag. 77 e seg.

si doveva dichiarare nulla l'istituzione contenuta nel testamento Staedel. Apparve per ciò strano che la maggior parte dei voti si pronunciasse a favore di questa istituzione e in modo tale che, comunque si manifestasse il proprio parere in argomento, esso conteneva sempre una negazione più o meno aperta dei principii che fino a quel momento erano stati insegnati nei libri e nelle lezioni orali. Certo nessuna opinione dottrinale è così salda che non possa essere completamente abbattuta da un'osservazione più precisa, massime quando l'occasione di applicarla non è così frequente che su essa si sia formata una consuetudine giudiziaria precisa; inoltre gli scritti occasionati dalla causa Staedel hanno messo in luce alcune verità che prima erano ignote o inosservate e sono tuttavia della massima importanza per la teoria e per la pratica. Ma non bastava una semplice contradizione all'opinione comune e d'altronde non poteva non recar meraviglia la leggerezza colla quale si cercava di distruggere regole di diritto e d'interpretazione fin qui ammesse per amore del grandioso scopo.

Contro questa tendenza in particolare era diretto il mio scritto sulla causa Staedel, il quale ottenne nelle sue conclusioni principali l'approvazione di dotti giuristi [48]), ma mi ha procurato anche una vivace risposta [49]), dalla confutazione della quale mi trattennero in parte la morte seguìta poco dopo dell'autore, in parte la sua intonazione irritata [50]). Come le ricerche precedenti fatte su

---

[48]) Seuffert, *Einige Bemerkungen über die Codicillarclausel und die Auslegung letzter Willen, veranlasst durch das Staedel'schen Beerbungsfall* (Alcune osservazioni sulla clausola codicillare e l'interpretazione delle ultime volontà, in occasione del caso Staedel), Würzburg, 1829, con le seguenti parole del mio scritto per motto: « Vi è uno scopo più alto di tutti gl'istituti artistici del mondo, il diritto ». Zimmern, recensione degli scritti sulla causa Staedel contenuta negli *Jahrbücher der iuristischen Literatur* (Annali della letteratura giuridica) dello Schunek, vol. II, pagina 254 seg.

[49]) Wenck, che è anche il relatore del Parere di Lipsia, nel più volte citato *Contributo*.

[50]) Mi limito a dare una sola prova del modo di polemizzare del Wenck, a lui del resto estraneo di solito. Mi aveva colpito la leggerezza con la quale si prometteva in precedenza e prima ancora di aver potuto

una base non ben solida condussero ad alcuni risultati non coincidenti colle mie prime vedute, così non mi vergognerei di confessare che lo studio e la meditazione continuata per un anno avessero mutato completamente le mie prime convinzioni. Ma questo non è il caso. Io sono ancora, benchè non del tutto per gli stessi motivi, dell'opinione che il testamento Staedel non potesse valere senza la clausola codicillare, mentre la validità del testamento Blum si potrebbe ancora sostenere sulla base del mio primo scritto. Una trattazione diffusa di ambo i casi sarebbe qui fuori di luogo, anche perchè già precedentemente sono stati esaminati i punti fondamentali e le ricerche accessorie di qualche interesse, alle quali dette origine la causa Staedel, non hanno alcuna colleganza colle questioni di cui qui ci occupiamo. Basterà che noi ricordiamo qui i punti seguenti.

Nel testamento Staedel era scritto: La mia raccolta di quadri, disegni, incisioni in rame e cose artistiche, insieme coi

---

esaminare la cosa completamente, un mutamento nella prossima edizione di un trattato, quello del Mackeldey, e avevo manifestato in proposito il mio giudizio a pag. 58, nota 56. Nel medesimo scritto del resto io riconoscevo di aver mutato la mia prima opinione riguardo a taluni punti e osservavo che riguardo alla dichiarazione che non si potesse provare alcuna eccezione alla regola della necessità dell'autorizzazione superiore per la fondazione di persone giuridiche, il rimprovero poteva toccare anche il mio trattato e perciò dovevo aspettarmi che qualcuno potesse ritorcere contro di me quello che io avevo detto sulle correzioni fatte nei trattati secondo le idee messe in giro in occasione della causa Staedel. Soggiungevo però che a me non avrebbe potuto farsi il rimprovero di aver cambiato opinione senza una accurata indagine su quelle parti delle fonti sulle quali era fondata la mia prima opinione e che nel mio trattato era ammessa come regola la necessità del riconoscimento superiore, mentre nel trattato sopra citato era promessa pel futuro la regola opposta (pag. 194 nota 149). Il Wenck (pag. 18 nota) ignora quest'ultima mia affermazione e osserva contro di me: « Senza dubbio egli correggerà in avvenire il suo trattato secondo le norme da lui stabilite, cosa per la quale egli deride in precedenza i suoi avversari ». Queste parole già da sole fanno comprendere quale sia l'indirizzo della pretesa confutazione del mio scritto. Del resto torna a grande onore dell'amore alla verità del Macheldey il fatto che il mutamento non sia apparso nella nuova edizione del suo trattato e che egli invece aderisca alla mia opinione, ma ciò prova anche che la promessa di mutamento era fatta con molta leggerezza.

libri ad essi annessi costituirà il fondo del futuro istituto artistico Staedel fondato da me a vantaggio di questa città e della sua cittadinanza. Questo istituto artistico Staedel istituisco mio erede universale in tutto il mio restante patrimonio. Nel § II il testatore dichiara che questo istituto Staedel da lui fondato deve essere genuino decoro della città di Francoforte e utile alla cittadinanza e segue poi: io dispongo anche che i figli di genitori disagiati ivi abitanti senza distinzione di classe o di religione, i quali vogliano dedicarsi alle arti, o alla professione dell'architettura, siano istruiti gratuitamente nei principî del disegno da abili maestri, o nell'istituto di disegno civico già esistente, e da altri maestri siano istruiti nella pittura storica e di paesaggio, nella incisione in rame, nella matematica, ma specialmente poi nell'architettura e nelle scienze che hanno attinenza coll'arte, e ricevano inoltre dal mio istituto il mantenimento all'estero per divenire utili cittadini ed artisti.

Il testatore poi nomina egli stesso un personale amministrativo colla disposizione che i membri di esso e i loro successori debbano prestare giuramento davanti al tribunale di Scabinato e di appello della città di Francoforte di adempiere questo suo atto di fondazione, esonerandoli poi da ogni responsabilità per la loro amministrazione. I membri di questo consiglio amministrativo sceglieranno poi liberamente un amministratore esecutivo e in caso di parità di voti questa scelta sarà rimessa alla sorte. Il testatore segue poi: questi signori amministratori da me nominati debbono tutti insieme, o separatamente, come rappresentanti dell'istituto artistico Staedel da me istituito erede, provocare dall'autorità l'immissione nel possesso della mia eredità e, ottenuta questa, adempiere come esecutori testamentari i legati particolari da me ordinati a carico dell'eredità.

In altro luogo del testamento sono date disposizioni sull'andamento generale dell'istituto artistico, quindi sulle nomine, gli stipendi, i licenziamenti degli insegnanti e di tutto il personale necessario, sulla scelta e adattamento dei locali, le persone al cui utile deve di preferenza rivolgersi l'opera dell'istituto, il nu-

mero di esse e la durata dei loro studi. « Tutto ciò, dice il § 3 del testamento, e tutta quanta l'amministrazione dell'istituto e tutto quanto ha connessione con essa è rimesso, senza necessità di consigli o autorizzazione delle autorità superiori, al libero arbitrio degli esecutori nominati ». — Inoltre è ordinato che questo istituto Staedel debba essere indipendente e non mai collegato ad altro istituto artistico e amministrato sempre esclusivamente dagli amministratori a ciò scelti; i contratti, i legati e i doni fatti all'istituto sotto condizioni contraddicenti allo spirito dell'istituto o alla volontà dichiarata del testatore, non debbano essere accettati ancor che tornino apparentemente a vantaggio dell'istituto (§ 5 n. V, *b*, *c*).

I capi dell'amministrazione debbono del resto avere illimitato potere per la direzione e la condotta dell'istituto, soltanto il conto delle entrate e delle spese annuali deve essere approvato da alcuni membri della magistratura di Francoforte quali revisori [51]).

Sono stati invocati per la validità di questa disposizione testamentaria i seguenti argomenti:

1. Si è detto che istituita dovesse considerarsi la città di Francoforte [52]) E si è addotto per argomento che la volontà del testa-

---

[51]) Confr. il mio parere pag. 39, dove è fatta una breve storia della causa, poi un cenno delle regole che il testatore ebbe di mira già sotto la dominazione del diritto francese per realizzare la sua volontà e della letteratura in argomento.

[52]) Questa opinione è seguita da Droste, *Parere della facoltà giuridica di Bonn*, pag. 7, 8; dal parere di Berlino, § 8, di Monaco § 5, 10, da Zachariae, *Ueber den das Staedel'sche Kunstinstitut betreffenden Rechtsstreit* (Sulla causa riguardante l'istituto artistico Staedel) estratto dagli *Jahrbücher*, ecc. (*Annali* di Heidelberg) 1827, p. 7, 12 n. 1; Elvers, *Dissertazioni*, p. 77 seg. Contro vedi specialmente il parere della facoltà di Gottinga, p. 77 seg., dove è notato fra le altre cose, contro le ragioni addotte dalla facoltà di Bonn fondantesi su distinzioni non mai prima udite, che « la distinzione fra erede proprio ed erede improprio, come quella fra erede nominato ed erede presunto, è inammissibile e non solo estranea, ma anche contraria alla legge ». — Vedi nello stesso senso ancora il parere di Kiel § 6, 8, quello di Lipsia (p. 9, 10, 17, 18 nel *Programma* del Wenck), il mio *parere*, p. 83, 110, 122, 39, Seuffert, *Bemerkungen*,

tore deve sempre esser preferita al nudo significato letterale delle parole usate nel testamento e in dubbio deve sempre ammettersi l'interpretazione per la quale l'ultima volontà viene mantenuta e la disposizione rimane in vigore. Simile interpretazione però è impossibile perchè il testatore ha espresso così chiaramente la sua volontà di istituire l'istituto artistico, che non si può immaginare come egli avrebbe potuto esprimere diversamente la sua intenzione. Egli istituisce erede l'istituto Staedel e lo chiama anche in più luoghi espressamente il suo erede univervale [53]).

Qui dunque più che in qualunque altro luogo è il caso di applicare l'insegnamento di PAOLO: « Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio [54]) ». Vi è forse qui ambiguità d'espressione e si può forse rimproverare qui al testatore un *perperam scriptum?* [55]). Come poteva egli esprimere

---

ecc. (Osservazioni sulla clausola codicillare) p. 39, 63, ZIMMERN, Rec. cit. alla nota 48. Un'opinione particolare del consigliere aulico PAULUS di Heidelberg, *Einfache Rechts und Verstandsansichten*, ecc. (Pensieri semplici di diritto e di buon senso sulla lite per la capacità di succedere dell'istituto artistico fondato da Staedel) Heidelberg 1827, secondo la quale l'istituto è da considerarsi erede e la città usufruttuaria, è stata sottoposta a una minuta critica nel mio *parere* a p. 111, 22.

[53]) Il parere di Gottinga, p. 12, osserva qui: « colla qual ripetizione egli voleva evidentemente togliere ogni equivoco sulla sua volontà e in particolare quell'interpretazione dell'istituzione, che appunto ora tenta di far prevalere il convenuto ». Ma la designazione ripetuta dell'istituto come erede universale male si spiegherebbe con una tale intenzione del testatore. Come infatti potrebbe egli consentire che le parole di istituzione si interpretassero nel senso sostenuto in parte dai giuristi ben pensanti difensori dell'istituto? Se esso avesse ritenuto possibile ciò non avrebbe avuto a far altro che dichiarare che coll'istituzione di erede dell'istituto intendeva quella della città. Ma che cosa si sarebbe detto allora del testamento?

[54]) L. 25 § 1 D. *de legatis* III, 32. « Utinam hoc nostri iudices observarent (osserva AVERANI, *Interpretationes iuris*, III, 19 n. 1) quantum multitudo litium minueretur ».

[55]) La regola che il *perperam scriptum* deve *benigne interpretari* (L. 24 D. *de rebus dubiis*) è applicata qui in un senso che distruggerebbe tutti i principii di diritto positivo e tutte le regole d'interpretazione: quello che è detto chiaramente deve ritenersi come non detto, quello che non è detto deve ritenersi detto, perchè altrimenti la volontà del testatore

diversamente la sua volontà d'istituire l'istituto artistico altrimenti che dicendo di istituire erede il suo istituto?

E se egli non avesse voluto ciò e avesse invece voluto dire che istituiva la città di Francoforte, si dovrebbe osservare con Ulpiano: « Quotiens volens alium heredem scribere alium scrippserit, placet neque eum heredem esse qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum quem voluit quoniam scriptus non est » [56]). Ma qui è da aggiungersi anche alla formula di istituzione che non lascia alcun dubbio, che si dà interpretazione evidentemente contraria alla volontà del testatore, ritenendo erede la città di Francoforte, perchè lo scopo del testatore era chiaramente diretto a procurare al proprio istituto un'indipendenza, quale non sarebbe stata conciliabile con un istituto municipale ancorchè fondato per atto privato.

Egli toglie infatti al magistrato ogni facoltà di amministrazione, limitando la sua ingerenza ad un semplice controllo dei conti, il quale naturalmente, date le facoltà pienamente illimitate degli amministratori, non può essere che esteriore; egli determina poi che il suo istituto non solo non debba mai essere collegato ad altri, ma non possa neppure accettare i contributi anche apparentemente vantaggiosi, i quali contraddicano alla volontà del testatore. Certo egli non avrebbe più chiaramente potuto espri-

---

non può essere realizzata (!) (vedi infra, nota 58). Si è arrivato anzi sino a trasformare ciò che è espresso esattamente in un *perperam scriptum* per trovarci poi ciò che vi si vuol trovare. Lo Staedel ha parlato prima di un istituto fondato a vantaggio della città e dei cittadini, poi segue: « istituisco erede questo istituto Staedel »; ciò deve significare secondo certi autori « la fondazione fatta a vantaggio della città »; se egli avesse voluto nominare erede l'istituto come tale e non la città avrebbe dovuto dire: « istituisco erede l'*istituto* Staedel ». Così lo Zachariae, p. 8 seg. Ma, se il testatore avesse colle parole *istituisco questo istituto*, ecc. voluto dire ciò che gli si fa dire, il suo discorso sarebbe proprio logicamente e grammaticalmente sconnesso e per di più assolutamente inintelligibile. — Vedi il mio parere p. 108, 11.

[56]) L 9 pr. D. *de her. inst.* 28, 5 e L. 3 D. *de rebus dubiis*, 34, 5. Confronta il mio *parere* p. 126 seg.

mere la sua volontà, che il suo istituto dovesse essere un istituto Staedel e non un istituto municipale.

Certo egli avrebbe potuto istituire la città con l'onere di creare l'istituto artistico nel modo da lui ordinato, e la città erede sarebbe stata allora obbligata all'adempimento di questo onere. Ma gli atti di un governo tanto in generale quanto in particolare riguardo all'amministrazione e allo sfruttamento del patrimonio dello Stato, sono sempre determinati dalla veduta del bene pubblico. Questo è riconosciuto espressamente anche pel caso che ad una comunità municipale sia lasciata qualche cosa per un determinato scopo; un cambiamento di questa destinazione può sempre avvenire per ragioni di opportunità o di necessità, a condizione che ciò sia fatto nelle vie costituzionali [57]). Ma lo Staedel aveva escluso in modo così deciso qualunque mutamento anche vantaggioso delle sue disposizioni, che si giungerebbe evidentemente al resultato precisamente opposto a quello da lui voluto, se si ritenesse istituita la città. Nè questa interpretazione può dirsi in modo alcuno confermata dalla dichiarazione del testatore di volere istituire la fondazione nell'interesse della città e dei cittadini, o, in altre parole, di volere far cosa di decoro alla città e di utile ai cittadini. Tutto ciò non è che l'espressione di un concetto già di per sè intuitivo, perchè il testatore fondando un istituto di pubblica utilità voleva appunto fondarlo nel luogo ove egli avea vissuto e a vantaggio di questo. Se non è impossibile che un membro di una comunità possa creare una istituzione utile pel pubblico senza trasmettere per ciò l'istituzione stessa alla comunità, non si può dalla dichiarazione del fondatore, di voler far cosa utile alla comunità, trarre la conseguenza che sia da considerarsi istituita persona diversa da quella nominata dal testatore. Da qualunque parte si consideri l'interpretazione degli avversari, essa più o meno chiaramente si fonda su questa argomentazione: lo Staedel voleva istituire erede il

---

[57]) L 4 D. *de adm. rer. ad com pert.* 50, 8. e *Clem.* 2 *de rel. domibus* 3, 11. Vedi il mio *parere* p. 128, 33, 134, 39.

suo istituto artistico; ma poichè egli non ha fatto ciò nel modo giusto, e altrimenti la sua volontà non potrebbe realizzarsi, bisogna ammettere che egli abbia istituito la città, con l'obbligo di erogare i beni per l'istituto.

Questo però non è interpretare, ma travisare arbitrariamente il diritto: e se anche fosse permesso al giudice di venire così in aiuto di una volontà male espressa, un tal modo di supplire e di sostituire la volontà stessa sarebbe sempre molto pericoloso; e resta per ciò dubbio, nella massima parte dei casi, se così si agisca nel senso della volontà del disponente, o se piuttosto non si vada contro questa, come è appunto da ammettere sicuramente nel presente caso [58]).

2. Un altro argomento collegato col precedente consiste nel ritenere che gli istituti di pubblica utilità non abbiano personalità indipendente e che per ciò l'istituzione di essi non possa significare altro che istituzione dell'*universitas* alla quale essi appartengono. Di questo argomento abbiamo già fatto sopra al numero 4 il meritato giudizio.

Basterà qui osservare soltanto che, anche supponendo esatta questa colleganza, deve sempre tenersi di mira la volontà del testatore; e se questi si è, come nel caso presente, espresso in modo chiarissimo nel senso di non volere erede la città, si deve giungere sempre, anche per questa via, al risultato che il testamento sia nullo appunto perchè egli avrebbe potuto istituire la città e non l'istituto e ha voluto invece quest'ultima cosa e non la prima: onde è da concludere che la città non è erede perchè il testatore non la volle istituire, l'istituto neppure perchè egli non poteva istituirlo come subietto indipendente [59]).

---

[58]) Mio *parere* pag. 86, 122-25 e i passi citati nella nota precedente.

[59]) Arg. L. 9 pr. D. h. t. 28, 5. L. 1 D. *de iure codic.*, 29, 7. Questo è ammesso anche dal difensore del testamento Blum, il quale del resto non fa che appropriarsi i concetti sui quali si fonda la validità del testamento Staedel: egli osserva che la ragione sopra esposta, anche se si dovesse riconoscere per buona in generale, non è applicabile alla fondazione Staedel. « Lo Staedel, egli dice, aveva nominato espressamente

3. Anche per ciò che riguarda l'argomento che le pie cause, intese nel senso ampio odierno, possono essere istituite eredi anche senza esistere come persone giuridiche, in altre parole esse possono essere fondate mediante l'istituzione d'erede, basterà un rinvio alla trattazione precedente (v. pag. 654 seg.). Ivi fu dimostrato come sia necessario nell'applicazione ed interpretazione di quella parte del nostro diritto positivo, che contiene eccezioni al diritto comune, star ben fermi al vero contenuto della legge e come ogni interpretazione estensiva conduca necessariamente in questi casi ad assurdità e alla distruzione della regola, mancando qui una linea di confine, e come finalmente bisogni rilasciare al solo legislatore l'estensione di essa quando sia opportuna, pure ammettendo che tale estensione possa essere preparata dalla dottrina e anche prodotta lentamente per opera del diritto consuetudinario [60]). L'istituzione in erede dell'istituto Staedel non può dunque difendersi neppure da questo punto di vista. Esso non è una pia causa nel senso del diritto romano e del diritto canonico per quanto nobile sia la volontà del fondatore e per quanto degna la sua realizzazione. La istruzione di coloro che si vogliono dedicare alle arti e all'architettura, per quanto appaia essere uno scopo della fondazione, è sempre però troppo evidentemente uno scopo accessorio perchè possa dirsi caratterizzata da essa l'essenza dell'istituto, anche astraendo dal fatto che questo stesso scopo, anche se potesse considerarsi come fondamentale, sarebbe tuttavia essenzialmente diverso da quello delle istituzioni dei poveri, degli ammalati, dei prigionieri. L'arte con tutto ciò che ad essa serve deve essere tenuta in onore e incoraggiata con tutte le forze; ma il giureconsulto non può lasciarsi condurre da ciò a sovver-

---

erede un istituto non solo indipendente, ma anche accuratamente garantito contro ogni influenza immediata di altre persone giuridiche. Aveva dato a questo amministratori proprii e indipendenti con funzoni del tutto speciali e illimitate: in oltre l'istituto Staedel è già per sua natura tale da non aver colleganza alcuna nè coi fini della Chiesa nè con quelli dello Stato in senso proprio ».

[60]) Vedi sopra pag. 658 seg.

tire i principii fondamentali fissati dalle leggi, egli non può sfuggire alla sua missione con artificiosi raggiri della legge per ottenere uno scopo, il quale, per quanto nobile, non può ottenersi che a spese del diritto vigente.

4. Si è cercato infine di far valere il concetto che nell'istituzione in erede di una persona giuridica non ancora esistente debba sottintendersi la condizione di sua esistenza, come se fosse espressa. Ma noi abbiamo già sopra dimostrato che questo argomento riposa su concetti insostenibili ed è inconciliabile con le disposizioni più chiare del nostro diritto positivo. Mi sia lecito aggiungere qui soltanto ciò che segue.

Uno dei più caldi fautori di questo argomento concede, ciò che non si potrebbe negare, che non si può ammettere come tacita una condizione quando essa contraddice evidentemente all'insieme del discorso e che in tal caso è evidente l'invalidità dell'ultima volontà [61]).

Ora questo è appunto il caso nostro. Dalla disposizione dello Staedel appare decisamente che il testatore non voleva una semplice istituzione condizionata del suo istituto e che egli non riteneva affatto necessario il riconoscimento dell' autorità perchè l'istituto fosse capace di succedere. Egli aveva disposto: la mia raccolta di quadri, ecc., sarà la base del mio istituto artistico Staedel da me fondato. Nel paragrafo seguente si riferisce all'istituto da lui fondato e indica il testamento come l'atto di fondazione. Come è possibile dare a queste espressioni il senso di una istituzione dell'istituto sotto la condizione che esso venga ad ottenere la capacità di succedere per il riconoscimento dello Stato e chi potrebbe spassionatamente credere che il testatore abbia voluto dir questo o anche lo abbia ammesso come sottinteso?

Si è infine invocato per la validità del testamento Staedel anche il favore dei testamenti e delle pie cause e si è cercato di applicare par analogia i principii giuridici validi pei postumi. Ma tutto ciò è stato già completamente confutato nella precedente

---

[61]) WENCK, *loc. cit.*, pag. 45.

trattazione e può perciò essere passato sotto silenzio. È dunque chiaro che la fondazione Staedel non poteva avere efficacia diretta, ma soltanto poteva ottenerla indirettamente mediante la clausola codicillare [62]).

Ben diversa però appare la disposizione del possidente Blum in Hildesheim. Essa così suona: istituisco mio erede un orfanotrofio da fondarsi pei fanciulli di fede cattolica, i quali siano nati nel principato di Hildesheim e in quella parte dell'Eichsfeld che ora appartiene all'Hannover. Quest'orfanotrofio deve essere costruito in Henneckenrode e se ciò non sia possibile in un altro luogo dove già si trovi una parrocchia cattolica, ma non nella città di Hildesheim. Pongo questo istituto sotto la direzione del sig. vescovo di Hildesheim, riservandomi di aggiungere alle presenti altre più particolari disposizioni.

Difficilmente si può dubitare della validità di questa disposizione. Se fosse stata intenzione del testatore di fondare direttamente col suo testamento un orfanotrofio con personalità del tutto indipendente, la validità della disposizione potrebbe sempre

---

[62]) Nel mio *parere* a pag. 277 seg. ho cercato di dimostrare che per la clausola codicillare dovrebbero considerarsi istituiti gli eredi intestati coll'onere di curare la fondazione dell'istituto: e secondo questo concetto l' istituto nascerebbe non per decisione del giudice, ma per contratto. Al contrario non attribuiscono efficacia alcuna alla clausola codicillare il Seuffert, *loc. cit.*, pag. 3 seg., e lo Zimmern negli *Annali* dello Schunck, VII, pag. 273 seg., mancando qui secondo essi un subietto il quale possa pretendere l'adempimento dell'onere. Basta però che il testatore abbia dato disposizioni in questo senso; non importa che le persone da lui a ciò autorizzate siano esse stesse gli eredi o abbiano anche soltanto un interesse immediato alla realizzazione della disposizione. Se dunque la clausola codicillare ha l'effetto che debba considerarsi erede una persona diversa dall'istituto e il testamento riconoscersi però come valido in ogni sua parte, non si vede perchè non si debbano riconoscere anche i diritti concessi nel testamento agli esecutori testamentarii. Altre deviazioni dall'opinione dello Zimmern, in particolare per ciò che riguarda la detrazione della Falcidia e la persona di quello che deve ritenersi istituito tacitamente, non hanno attinenza colla questione presente e saranno esaminate solo nel trattato della Falcidia. Vedi però incidentalmente il vol. XXX, pagina 459 seg., nota 6 dell'edizione tedesca.

essere posta in dubbio secondo lo stesso diritto, sebbene essa troverebbe sempre un appoggio nell'opinione assai diffusa, quantunque erronea, secondo la quale le istituzioni di pura beneficenza possono esser fondate direttamente per testamento coi diritti delle persone giuridiche. Non è necessario però fondare la validità del testamento Blum su una base così mal sicura: essa riposa piuttosto su leggi chiare e sulla volontà manifestata in modo evidente dal testatore. E se vi fosse anche un dubbio per qualche riguardo, questo sarebbe subito tolto dal richiamo alla nota regola per cui nel dubbio si deve ammettere la validità dei negozi giuridici e in particolare delle disposizioni a favore delle pie cause. Sotto questo riguardo vi è dunque una differenza notevole fra il testamente Blum e il testamento Staedel. In quest'ultimo era istituito erede un istituto i cui scopi si distinguevano essenzialmente da quelli ai quali soltanto il diritto romano concedeva la capacità di succedere e inoltre il testatore voleva fondarlo immediatamente col suo testamento e del tutto indipendente dalla Chiesa e dallo Stato. Qui dunque si applicavano i principii della interpretazione liberale evidentemente contro le prescrizioni più certe del diritto pubblico, attribuendo loro un significato che non possono avere senza che ne vengono essi stessi distrutti, in quanto essi venivano applicati non solo dove non c'era alcuna espressione dubbia, ma anche in un modo dal quale derivava un risultato contrario alla chiara volontà del testatore. Invece la disposizione Blum può valere:

1.° come istituzione dei poveri, essendo questa possibile non solo, ma potendo anche il testatore disporre validamente sul modo di erogazione, quindi anche colla fondazione di un orfanatrofio (vedi sopra pag. 659 seg.).

2.° Ma quando pure si dovesse ritenere dubbia l'interpretazione di queste disposizioni di legge, l'istituzione Blum dovrebbe considerarsi valida come istituzione della comunità cattolica del principato di Hildesheim. La fondazione secondo le dichiarazioni espresse del testatore è costituita a favore di questa comunità, quindi di una persona morale già esistente nel principato, e per

iscopi essenzialmente congiunti con essa e il fondatore poi la pone espressamente sotto la direzione del vescovo di Hildesheim, vale a dire di quell'autorità della Chiesa che secondo il diritto comune esercitava in vari casi senz'altro i diritti dell'erede (L. 49 § 4 D. *de episcopis et clericis*). Non occorrono molte parole per dimostrare quanto diverse siano anche in questo punto le due disposizioni.

3.° Finalmente la disposizione Blum si potrebbe anche giustificare dal punto di vista di una istituzione sotto la condizione di futura capacità e ritenersi valida sotto tale condizione, se il testatore avesse avuto l'intenzione di fondare un istituto con con personalità giuridica indipendente. Imperocchè quando il Blum istituisce erede un orfanotrofio da fondarsi egli non ha detto come lo Staedel di ritenere superfluo il riconoscimento dello Stato, bensì le parole della istituzione ammettono senza sforzi questa interpretazione: istituisco l'orfanotrofio per il caso da me supposto che esso sia legalmente fondato. Anche per questo riguardo rimando alla esposizione più particolareggiata dei principii generali già fatta sopra *q*).

---

q) La questione, che il nostro autore tratta qui con molta diffusione, si è ripresentata in Italia in termini quasi identici negli anni fra il 1872 e il 1877 per due casi d'istituzione di erede fatta da due testatori (Roncali e Nascimbeni) degli istituti di beneficenza che col testamento stesso ciascun di loro dichiarava di fondare nella propria città.

La questione ha dato origine proprio alle stesse dispute e in sostanza alle medesime opinioni, che sono state difese in Germania. Hanno sostenuto la nullità delle disposizioni il NEGRONI, *Dei corpi morali e delle successioni testamentarie,* Novara 1880, il TEDESCHI, *Dei corpi morali secondo i principî della legge civile italiana*, il DE CRESCENSIO, *Foro italiano* 1877, I, 451, 1064, il LUPARIA, *Sulle disposizioni testamentarie a favore di corpi morali non ancora riconosciuti al tempo della morte del testatore* e altra manografia citata più oltre, il SERAFINI, *Pandette di Arndts* § 46 nota 5, § 492 nota 3, § 542 nota 3, e la Corte d'Appello di Genova, 5 giugno 1877 (*Giornale dei tribunali* VI, 181 e *Foro It.* 1877, I, 1064): per la validità si son pronunciati il GABBA, *Giur. italiana* XXIV, IV, 802 e in un *Parere in la causa Nascimbeni,* Pisa 1877 e *Mon. dei Tribunali* XX, 713, l'AURITI, *Giornale delle leggi* IX, 31, il PACIFICI MAZZONI, *Trattato delle successioni* II, n. 64, 72, 74 e App. I e *Giur. It.* XXVI, IV, 1, il BOCCARDO, *Giornali delle leggi*, 1878 n. 38, 42, il RICCI, *Comm.* III, 118, il BIANCHI Emilio, *Archivio giuridico*, Vol. XXIV, pag. 314 seg., il BIANCHI F. SAVERIO, *Legge* 1878, la Corte d'appello di Casale, 2 giugno 1874, *Giurisprudenza* di Torino, XI, 33 e la Cass. di Torino, 31 luglio 1879, *Ann. di Giurispr.* XIII, 1, 1.

§ 1439.

Istituzione di più eredi (*coeredi*).

Quando vi è un unico erede si dice che vi è un *heres ex asse* [63]), perchè *as*, propriamente una moneta di rame o una libbra di rame [64]), significa un tutto indiviso e quindi anche una intera eredità [65]). Più chiamati ad una eredità si chiamano *coheredes* e in riguardo a quelli ai quali ciascuno di essi è unito *adiecti* [66]). Se non sono state determinate le parti, ciascuno dei coeredi ha una parte eguale, e sono designati in tal caso come *coniuncti*, perchè ciascuno è chiamato propriamente nell'intera eredità e solo pel concorso degli altri nascono le parti.

---

[63]) L. 72 D. *h. t.* L. 19 D. *de lib. et post.* 28, 2.

[64]) Vedi MAIANSIO, *Disputationes iuris* n. XXXVII, *de divisione hereditatis* § 2.

[65]) Ovvero una unità. Vedi BALBO, *de asse* § 1 nel *Corpus iuris anteiustiniani* di BONN, fasc. I p. 190.

[66]) L. 78 § 3 D. *h. t.* L. 32 D. *de vulg. et pup. subst.* (28, 6).

Per altri autori e sentenze pro e contro, vedi l'accurata e ricca bibliografia contenuta nello scritto di Em. BIANCHI.

La nullità si è sostenuta anche in Italia con l'argomento fondamentale della necessità che l'onorato esista al tempo della morte del testatore (art. 724, 761 cod. civ.); al quale argomento alcuno, come il GABBA, ha risposto negando questa necessità assoluta e argomentando anzi in contrario dall'art. 764 capov. cod. civ. (Contro di lui vedi LUPARIA, *La nuova teoria del Professor* F. GABBA *sull'esistenza dell'onerato al tempo della morte del testatore*, Torino, 1878); altri invece han cercato di trovare altro subietto o altro scopo sufficiente alla validità della disposizione. E così, per es. il BIANCHI Fr. Sav., facendo suo il concetto dell'*Ihering*, secondo il quale nella persona giuridica (corporazione o fondazione) subietto vero dei diritti non è questa astrazione, persona morale, che non esiste, ma sono le persone fisiche a cui vantaggio l'istituzione è creata (i membri della corporazione, i beneficiati nelle fondazioni di beneficenza), ha trovato i subietti capaci dell'istituzione in questi.

Il BIANCHI Emilio invece, accettando il concetto difeso dal Brius dei patrimoni destinati a uno scopo, ha detto che come nella persona giuridica in sostanza altro non si ha che la destinazione di un patrimonio ad uno scopo eccedente i limiti delle singole persone fisiche, poichè questo scopo esiste come lecito, anche prima del riconoscimento della fondazione, l'istituzione di erede, che in sostanza significa la volontà del testatore che tale destinazione avvenga, può valere in tal senso appena il testatore sia morto. Altri ancora (DELLA CARLINA, *Mon. dei Tribunali* XVI, 122) credette di poter risolvere la

L. 80 D. *de leg.* III. « Conjunctim heredes institui aut conjunctim legari, hoc est, *totam hereditatem* et tota legata *singulis data esse*, partes autem concursu fieri » [67]).

---

[67]) MAYER, *Das Recht der Anwachsung bei dem testam.*, ecc. (Il diritto di accrescimento nelle successioni testamentarie e legittime e nei legati e fedecommessi), Tubinga 1895 pag. 55. Per gli eredi istituiti senza parte, come pei collegatari, non era, a dir vero, necessario questo fondamento per ammettere il diritto di accrescimento, perchè esso era già una conseguenza necessaria del principio « *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* ». Vedi SCHNEIDER, *Das altcivile und Iustinianeische Anwachsungsrecht und die caducarischen Bestimmungen der lex Julia et Papia* (Il diritto d'accrescimento nel diritto civile antico e giustinianeo e le disposizioni caducarie della legge Giulia e Papia), Berlino 1837 p. 50.

---

questione, ritenendo che l'istituzione di erede come tale fosse nulla, ma la volontà del testatore dovesse eseguirsi, considerando quella come un onere imposto agli eredi legittimi di curare la fondazione e poi la dotazione dell'istituto beneficato del testatore.

Tutti i sostenitori di quest'opinione si accordavano nell'osservare che, in sostanza, se si riteneva, come gli avversarii stessi, la possibilità della erogazione del proprio patrimonio allo scopo di fondare un istituto nella forma di una istituzione modale di persona capace, il non ritenere parimente possibile l'istituzione diretta era una mera questione di parole, ed un attaccamento irragionevole a un vuoto formalismo. E tutti poi. oltre vari altri argomenti testuali di minore importanza (art. 831, 832, 833 cod. civ.), si fondavano sull'art. 59 del regolamento 27 novembre 1862 per l'esecuzione dell'allora vigente legge sulle opere pie 3 agosto 1862, il quale prescriveva che quando con disposizione testamentaria fosse stabilita un'opera di beneficenza spettasse agli esecutori testamentari, e in difetto di essi al Consiglio comunale o alla Congregazione di carità, di promuoverne la costituzione in ente morale; dunque, si diceva, quell'articolo suppone la possibilità dell'istituzione in erede di un istituto di beneficenza che col testamento si fonda. Fu risposto però a quest'ultimo argomento che il regolamento non parlava di istituzione diretta in erede, ma di semplice fondazione testamentaria dell'istituto, fondazione, s'intende, fatta validamente: la questione dunque non era affatto pregiudicata dall'art. 59 (vedasi citata sentenza App. Genova, 5 giugno 1877).

La questione è stata risolta dalla nuova legge sugli istituti di beneficenza 17 luglio 1890, la quale all'articolo 84, ha attribuito la rappresentanza di tali istituti, che siano fondati *in modo diretto o indiretto* in un testamento, alla Congregazione di carità, la quale deve curarne l'erezione in ente morale ed intanto la conservazione del patrimonio (Conforme art. 128 Regolamento amm.). Dunque in tal caso è la Congregazione di carità, vera persona giuridica (art. 3, 7 Legge 17 luglio 1890. LUCHINI, *Le istituzioni pubbliche di beneficenza*, Firenze, 1894, § 81), quella che per la nuova legislazione del 1890 può

Di preferenza però si chiamano *coniuncti coheredes* i chiamati congiuntamente fra loro alla stessa quota di eredità. La forma o il modo della chiamata non hanno alcuna importanza, purchè sia provata l'intenzione del testatore di chiamare parecchi in una quota dell'eredità, di modo che ciascuno s'intende chiamato per l'intero e le parti nascano soltanto pel concorso dei *coniuncti* [68]. È qui che viene in considerazione la differenza fra *re et verbis*

---

[68]) Questo vogliono dire coloro che limitano il principio, che i congiunti ricevono tutti insieme una parte, colla riserva, salvo che appaia una volontà diversa del testatore (vedi per es. HELLFELD ad *h. l.*), vale a dire che è decisiva qui soltanto la volontà, non le espressioni usate, benchè da queste il più spesso si rilevi la volontà.

far valere i diritti dell'ente futuro: la disposizione adunque non manca di subietto.

Ma per ciò che riguarda le fondazioni che non abbiano carattere di beneficenza, quale sarà la sorte delle istituzioni dirette?

Per esse ancora la disputa non è risolta da un testo esplicito di legge. Quanto a me però, parmi che la questione fondamentale sia quella di vedere se, nei singoli casi, mancando al dì della morte la persona giuridica, che sarebbe il subietto della disposizione, vi sia qualche altra persona fisica e giuridica, capace di rappresentarla. Se sì, come è nel caso degli istituti di beneficenza, parmi che nello stato del nostro diritto, dopo la legge del 1890, almeno, non si dovrebbe trovar nulla di anormale nell'ammettere la validità della istituzione, pur non esistendo ancora il beneficiato: gli interessi di esso son sufficientemente e legittimamente tutelati dalla persona cui la legge ha affidato la rappresentanza. Se no, la disposizione è necessariamente nulla, non tanto perchè il subietto definitivo di essa non esista, quanto e più, perchè nessuno essendovi che possa pretenderne l'esecuzione, tutto è rimesso alla buona fede dell'erede legittimo, al quale nessuno potrà strappar l'eredità. Onde qui non è da fare, a parer mio, distinzione alcuna fra disposizione diretta e disposizione modale; l'una e l'altra sono *mera praecepta* rimessa alla buona fede dell'erede testamentario o legittimo, quando dell'adempimento di esse la legge non abbia affidato la tutela ad alcuna persona vivente; l'una e l'altra son parimente efficaci quando vi sia l'organo vivente, che può agire per l'adempimento della volontà del testatore. Vedasi in questo senso la breve trattazione nel mio *Trattato delle donazioni secondo il diritto civile italiano*, Firenze 1898, capo III, p. 257 seg.

Per la validità in generale dell'istituzione diretta si confrontino anche VITALI, *Dalle successioni legittime e testamentarie*, Vol. II n. 1239 seg. in FIORE, *Il diritto civile italiano* e FILOMUSI-GUELFI, art. *Successione* nel « Digesto italiano » n. 151.

coniuncti, re tantum coniuncti e *verbis tantum coniuncti* [69]). Per i primi s'intendono quei *coniuncti* realmente che sono anche nominati insieme, cioè chiamati in una unica formola di istituzione, per esempio: istituisco A e B nella metà, C nell'altra metà [70]); A e B sono qui *coniuncti re et verbis*, C è *disiunctus*. Non è però necessario per aversi la *coniunctio re et verbis* che sia attribuita a più eredi espressamente la medesima quota; basta che un altro sia nominato erede in contrapposto a loro; per esempio, A e B siano miei eredi, C sia anche mio erede. Certamente qui poteva nascere un dubbio circa l'intenzione del testatore, e difatti i giureconsulti romani disputarono fra loro; i compilatori però accolsero l'opinione che qui vi fosse una vera *coniunctio*.

L. 59 § 2 D. *h. t.* « *Titius heres esto, Sejus et Mevius heredes sunto:* verum est, *quod Proculo placet*, duos semisses esse, quorum alter conjunctim duobus datur » [71]).

Re tantum coniuncti sono gli istituiti in punti diversi, ma nella medesima quota: per esempio A sia erede nella metà, B nell'altra metà, C sia erede insieme con A [72]). *Verbis tantum co-*

---

[69]) L. 142 D. *de Verb. signif.* (PAULUS lib. VI *ad Leg. Jul. et Pap.*). « Triplici modo conjunctio intelligitur: aut enim re per se conjunctio contingit, aut re et verbis aut verbis tantum ».

[70]) L. 142 D. *de V. sign.* — « Nec dubium est, quia conjuncti sint, quos et nominum et rei complexus jungit, veluti: *Titius et Maevius ex parte dimidia heredes sunto.* — Videamus autem, ne, etiamsi hos articulos detrahas: *et. que, cum*, interdum tamen conjunctos accipi oporteat, veluti: *Lucius Titius, Publius Maevius ex parte dimidia heredes sunto* ».

[71]) Jan. a COSTA *in comment.* ad § 4 I. *de vulg. subst.*

[72]) L. 15 pr. D. *h. t.* « Julianus lib. XXX refert, si quis ita heredem scripserit: *Titius ex parte dimidia heres esto. Seius ex parte dimidia; ex qua parte Seium institui, ex eadem parte Sempronius heres esto;* dubitari posse, utrum in tres semisses dividere voluit hereditatem, an vero in unum semissem Sejum et Sempronium conjungere. Quod est verius, et ideo conjunctim hoc videri institutos; sic fiet, ut Titius semissem, hi duo quadrantem ferant ».

In simil modo si esprime la L. 142 Dig. *de verb. sign.* 50, 16:

« *Lucius Titius ex parte dimidia heres esto; Seius ex parte, qua Lucium Titium heredem institui, heres esto; Sempronius ex parte dimidia heres esto.* Julianus: dubitari posse, tres semisses facti sint, an Titius in eundem semissem cum Sejo institutus sit; sed eo, quod Sempronius

niuncti sono quelli che son nominati in una stessa frase, in modo però che a ciascuno di essi sia attribuita una parte: per esempio, istituisco eredi A e B ciascuno per una determinata quota, inoltre istituisco anche C. Ma anche quando le espressioni usate non siano così determinate e tuttavia la interpretazione loro naturale porti ad ammettere che i nominati insieme non siano propriamente congiunti, deve ammettersi una *coniuctio* semplicemente verbale. ULPIANO dice nel 7° libro del suo Commentario a Sabino: « Interdum haec adjectio: *aeque heredes sunto*, testatoris voluntatem exprimit, utputa: *Primus et fratris mei filii aeque heredes sunto;* nam haec adjectio declarat, omnes ex virilibus partibus institutos, ut et Labeo scribit, qua detracta semissem fratris filiis, semissem Primus haberet » [73]).

Più dubbia appare la cosa nel seguente caso:

« Si ita quis heredes instituerit: *Titius heres esto, Cajus et Mevius aequis ex partibus heredes sunto.* Quamvis *et* syllaba coniunctionem faciat, si quis tamen ex is decedat, non alteri soli pars accrescit, sed omnibus coheredibus pro hereditariis portionibus, quia non tam conjunxisse, quam celeriter dixisse videatur [74]) ».

---

quoque ex parte dimidia scriptus est, verisimilius esse, in eundem semissem duos coactos, et conjunctim heredes scriptos esse ».

Del resto in questi casi si poteva domandare anche se la disposizione non riposasse su un semplice errore e non dovesse per ciò trattarsi come se il testatore avesse nella distribuzione oltrepassate le once comprese nell'intero asse (Vedi più oltre). Ma poichè egli parla qui decisamente di metà, ciò non è ammissibile ed è fuor di dubbio quindi l'esattezza della decisione di GIULIANO. Se la disposizione sia fatta nel modo indicato nel testo non è neppure il caso di pensare a una congiunzione reale.

[73]) L. 13 pr. Dig. *h. t.* Vedi su questo testo SCHULTING-SMALLENBURG, *Notae ad Digesta* T. V, p. 50. Dalle parole *qua detracta*, ecc. appare che la decisione è fondata principalmente sulla formula *aeque heredes sunto*, che per ciò se il testatore avesse detto semplicemente « io istituisco eredi Primo e i figli di mio fratello », gli ultimi sarebbero considerati come *coniuncti* e avrebbero avuto insieme soltanto la metà dell'eredità. Se però la decisione si fonda sulla presunta volontà del testatore si può dubitare della sua esattezza, anzi pei legati è proprio riconosciuto il contrario.

[74]) L. 66 Dig. *h. t.*

Si vede da ciò quanta importanza si desse alla enunciazione delle parti.

Solo per essa si ammetteva in questo caso che la congiunzione non fosse reale o, come dice il giureconsulto, che il testatore avesse nominato tutti gli eredi insieme unicamente per esprimere nel modo il più breve la sua volontà che tutti avessero parti uguali [75]). La congiunzione reale, cioè la *coniunctio re et verbis* o *re tantum*, manifesta la sua efficacia, non soltanto nel fatto che i *coniuncti* ricevano tutti insieme una parte [76]), ma soprattutto nel *ius accrescendi* attribuito di preferenza ai *coniuncti* nel caso che uno di essi venga a mancare [77]) (vedi § 1498 seg.).

Il fatto che alcuni insieme prendano tanto quanto un altro da solo non basta ancora a renderli *coniuncti*, neppur nel caso che essi siano chiamati all'eredità colla stessa frase e siano quindi *coniuncti verbis*; come per esempio, se il testatore dicesse: A e B siano i miei eredi ciascuno per un quarto, nell'altra metà istituisco erede C. Di solito si limita il concetto dei *verbis coniuncti* a questo caso, vale a dire si ammette che i *verbis coniuncti* presi insieme ricevano una parte, ma sia a ciascuno di essi attribuita una quota determinata sulla medesima [78]). Questa supposizione non è affatto necessaria ed è anzi in contraddizione colla precisa

---

[75]) In simil modo è detto anche nella L. 89 D. *de legatis*, III, 32: « Conjuncti videntur, verbis, non etiam re: *Titio et Sejo fundum aequis partibus do lego*, quoniam semper partes habent legati ».

[76]) L. 15 pr. L. 59 § 2. D. *de hered. inst.* L. 142 D. *de verb. sign.* 50, 16.

[77]) L. 63 D. *h. t.* « Heredes sine partibus, utrum conjunctim an separatim scribantur hoc interest, quod, si quis ex conjunctis decessit, hoc non ad omnes, sed ad reliquos, qui conjuncti erant, pertinet; sin autem ex separatis, ad omnes, qui testamento eodem scripti sunt heredes ». — L. 20 § 2. L. 59 § 2. L. 66 eod.

[78]) Così per es. nello scritto del BAUMEISTER, *Das Anwachsungsrecht unter Miterben* (Il diritto di accrescimento fra coeredi secondo il diritto romano), Tubinga 1829 p. 172, i *verbis coniuncti* sono designati come quelli che son chiamati nella stessa frase in concorrenza ad un medesimo oggetto, secondo una quota proporzionale stabilita espressamente pel caso che la concorrenza si avveri effettivamente tra loro. A ragione lo SCHNEIDER, *Anwachsungsrecht* (Diritto di accrescimento) p. 265 seg.,

dichiarazione del diritto romano che la semplice congiunzione verbale non stabilisca fra i congiunti alcun rapporto di importanza pratica [79]). Perciò anche la L. 66 Dig. *h. t.* 28, 5 riferita sopra non deve intendersi come se il *disiunctus* (Tizio) ricevesse una metà da solo e gli altri due *verbis coniuncti* (Caio e Mevio) dividessero l'altra metà [80]): Questa interpretazione contraddirebbe alla decisione della L. 13 *eodem* secondo la quale l'eredità si divide per porzione virile fra i *verbis tantum coniuncti* e i *disiuncti*.

Nella determinazione delle quote l'intero asse ereditario era diviso in dodici parti e su questa divisione si fondavano le trattazioni scentifiche dei giureconsulti romani e si ammetteva nel dubbio che i testatori nelle loro disposizioni avessero sempre dinnanzi agli occhi questa divisione e usassero i nomi delle quote nel loro senso proprio [81]). Le varie parti dell'asse [82]) [vedi nota a pag. seg.] sono le seguenti: *uncia* = 1|12, *sextans* (la sesta

---

censura la parola *concorrenza*, perchè questa a rigore non si adatta che ai casi di vera congiunzione. Io però non vorrei dire per questo che i *coniuncti* della definizione del BAUMEISTER siano *coniuncti re et verbis*, perchè non possono, secondo espressioni molto precise dei giureconsulti romani, esser considerati tali quelli a cui sono attribuite espressamente delle parti.

[79]) L. 13 Dig. *h. t.* Tale più ristretto concetto dei *coniuncti verbis* si potrebbe applicare soltanto ai legatari, perocchè una congiunzione di parecchi collegatari non può immaginarsi altrimenti che così, che ad essi cioè sia lasciata la stessa cosa o somma. Vedi per es. L. 89 Dig. *de legatis* III, 32.

[80]) Così è inteso di solito il testo anche dal MAYER, *loc. cit.* p. 60.

[81]) L. 13 § 1. L. 50 § 2 D. *h. t.* « Hereditas plerumque dividitur in duodecim uncias, quae assis appellatione continentur ». Vedi § 5 I. *h. t.* Sull'asse e sulla divisione di esso ci è pervenuto un breve scritto di VOLUSIO MECIANO, *assis distributio, item vocabula ac notae partium in rebus pecuniariis pondere numero mensura*. L'ultima edizione curata dal BOECKING trovasi nel *corpus iuris Bounense*, fasc. I, p. 189-190. Si è dubitato se l'autore di questo scritto sia quel VOLUSIO MECIANO vissuto sotto Antonino, degli scritti del quale si sono accolti alcuni brani nei Digesti. Vedi BACH, *Historia iurisprudentiae romanae*, lib. III, cap. 2 seg. V. § 16 nota *y* e gli scrittori ivi citati. Vedi però in contrario BOECKING nella sua prefazione. Il CUIACIO lo designa come un *liber singularis et pulcherrimus* che i principianti doveano conoscere prima

parte) = 2|12, *quadrans* la (quarta parte) = 3|12, *triens* (la terza parte) = 4|12, *quincunx* = 5|12, *semis* (la metà dell'asse) = 6|12, *septunax* = 7|12, *bes* [83]) = 8|12, *dodrans* (l'asse diminuito di un quadrante) = 9|12, *dex tans* = 10|12 (vedi n. 83) detto anche *decunx*, cioè 10 once *deunx* = 11|12. Sono ancora notevoli le seguenti espressioni: *senuncia*, la metà di un'oncia, *sicilicum*, la quarta parte dell'oncia [84]), *sescuncia*, cioè un'oncia e mezzo o l'ottava parte dell'asse [85]). Talvolta è necessario un raddoppiamento delle parti dell'asse, vale a dire, si divide l'asse in ventiquattro parti e tale parte è detta *dupondius* o *dipondius* o *dupondium* [86]). La denominazione *tripon dius* o *tripondium* per

---

ancora delle Istituzioni (*Comm.* ad L. 21 § 2 Dig. *de ann. leg.*). Di contenuto simigliante è lo scritto dell'agrimensore BALBO, vissuto sotto Augusto, *de asse minutisque eius portiunculis*, ed. BOECKING nel *Corpus iuris Bonnense* fasc. I, pag. 190-92.

[82]) [della pag. prec.] Esse sono indicate nel § 5 I. *h. t.* e spiegate poi da VARRONE, *de lingua latina* lib. IV c. 36, BALBO, *de asse* § 12-14, V. MECIANO, *assis distributio*, § 15-25. Vedi EINECCIO, *Antiquit. Rom. synt.* II, 14, 6.

[83]) Sull'origine e la vera lettura di questa parola gli antichi eran già discordi. VARRONE ci dice che la forma originaria era *des*, da *demto triente*, perchè l'asse era diminuito di un terzo. BALBO, *loc. cit.* § 2, preferisce il nome *bessis* perchè questa parte conteneva i due terzi dell'asse: « sic enim potius dicendum est, quam aut bes aut des, quoniam binas ex tribus assis partes sibi indicat ». FESTO, *de verb. sign.* (in GOTOFREDO, *Auctores linguae latinae* p. 219) dice: « Bes appellatum est quod bis triens sit ». VARRONE osserva in generale che questa denominazione, come quella delle parti seguenti (*dodrans*, *dextans*, *deunx*), si spiega nel senso che l'asse si considera diminuito di qualche cosa. « Reliqua obscuriora, quod a deminutione, et ea, quae deminuuntur, ita sunt, ut extremas syllabas habent; ut a duodecim una demta nucia *deunx*, *dextans*, demto sextante, *dodrans*, demto quadrante, *bes*, ut olim des, demto triente ». Confr. anche BALBO, § 14.

[84]) BALBO, § 15, scrive *siciliquus*. Vedi anche VOLUS. MECIANO, § 29: « Dividitur nucia in quatuer sicilicos, id est quatuer partes ». FESTO (GOTOFREDO, p. 436) spiega così: « Sicilicum dictum, quod semunciam recipit ». Una applicazione trovasi nella L. 21 § 2 D. *de ann. leg.* 33, 1 dove i tre quarti di un'oncia sono indicati con *semunciam et sicilicum*.

[85]) VOLUS. MARCIANUS § 40. — L. 8 § 8 D. *de inoff. test.* (V, 2).

[86]) VARRO, *de ling. lat.* lib. VIII § 49 — § 8 I. *h. t.* L. 17 § 5. L. 19 D. *eod.* — FORCELLINI, *tot. latin lexic.* v. *dipondius*.

indicare la divisione dell'asse in trentasei parti si trova soltanto presso i moderni [87]).

S'intende da sè che il testatore non era legato a questa regola di divisione nè alla designazione tecnica delle parti [88]); anzi se anche egli per ignoranza o per svista avesse usato le espressioni tecniche in modo che la distribuzione dell'asse non fosse possibile, si ammetteva come regola che egli avesse voluto indicare soltanto il rapporto delle parti e l'eredità si distribuiva in coerenza [89]). Debbono distinguersi i casi seguenti:

A) Il testatore ha attribuito a tutti gli eredi quote determinate, ma le parti nella loro somma non corrispondono alla divisione solita dell'asse (*solemnis distributio assis*, come dice Ulpiano nella L. 13 § 1 D. *h. t.*). Qui debbono farsi ancora le seguenti distinzioni:

1.° Il testatore non ha disposto di tutte le dodici oncie; in tal caso le parti restanti si accrescono ad ogni coerede in rapporto della propria quota [90]). Se pertanto vi siano tre coeredi e ciascuno di essi sia istituito per la quarta parte, ciascuno riceve un terzo; se sono due, ciascuno riceve la metà, se invece ad uno sia lasciato un quarto, all'altro la metà, il residuo quarto si dovrà dividere in modo da conservare lo stesso rapporto precedente e quindi il primo abbia complessivamente un terzo, il secondo due terzi [91]).

---

[87]) Hellfeld, § 1439. Hoepfener, *comm.* § 493. Confr. L. 17 in f. D. *h. t.* « Quodsi qui dupondium distribuit, et tertium sine parte instituit, *hic non in alium assem, sed in trientem venit* ».

[88]) L. 13 § 1 D. *h. t.* « Paterfamilias distribuere hereditatem in tot partes potest, quot voluerit ». Vedi nota seguente .

[89]) Così anche l'espressione *unciae* è usata non solo pei dodicesimi, ma per qualunque quota ereditaria. Vedi Paolo *Rec. Sent.* III, IV *b*, § 6: « In quot vult uncias testator hereditatem suam dividere potest », e § 5 I. *h. t.* « Non autem utique duodecim uncias esse oportet; nam tot unciae assem efficiunt quot testator voluerit ». Vedi Schrader, *Diss. cit.* V. II, p. 228 seg.

[90]) § 7 I. *h. t.* — « Vacantem partem singulis tacite pro hereditaria parte accedere ».

[91]) § 7 I. *h. t.* L. 13 § 2, 3 D. *h. t.*

Papiniano nel sesto libro dei suoi *Responsi* [92]) fa la seguente applicazione di questo principio:

« Lucio Titio ex duabus partibus, Publio Maevio ex quadrante scriptis heredibus, *assem in dodrantem esse divisum respondi*; modum enim duarum partium ex quadrante declarari, quod ceteris numis Titio legatis, numorum specie non demonstrata, ceterorum legatorum contemplatione receperunt ».

Per *duae partes*, nelle quali Tizio ha istituito, non si deve intendere qui 2[12, ma che il testatore abbia voluto indicare parti della stessa misura di quella attribuita a Mevio (*modum duarum partium ex quadrante declarari*). Papiniano si richiama a questo riguardo all'analogia dei legati di danaro quando il testatore non abbia determinato la specie delle monete, nel qual caso si guarda per la divisione alla specie delle monete, oggetto di altri legati ordinati allo stesso testatore. Perciò Tizio riceverà 2[3 e Mevio 1[3 dell'eredità o, come dice Papiniano, l'asse si ridurrà a nove parti, di cui sei si attribuiranno a quello e tre a questo [93]).

2.° Sono state distribuite più di dodici parti. In tal caso ogni coerede subisce una riduzione proporzionale: « Sed si excesserit (testator) in divisione duodecim uncias, aeque pro rata decrescet; utputa me ex duodecim unciis heredem, te ex sex scripsit, ego hereditatis habeo bessem, tu trientem » [94]).

La riduzione si fa in questi casi di solito molto facilmente, poichè basta ammettere che nell'asse vi siano tante parti quante ne ha nominate il testatore [95]). In questo senso sono decisi nelle fonti alcuni casi che qui riferisco. Due eredi sono stati istituiti insieme nell'intero, ad un terzo è stata lasciata la metà ed un sesto, qui si deve ammettere che il testatore abbia diviso l'asse

[92]) L. 78 § 1 Dig. *h. t.*

[93]) Vedi Pothier, *Pand. Just.* XXVIII, 5, n. LVII nota 4, 5.

[94]) L. 13 § 4 Dig. *h. t.* Vedi anche § 7 I. *h. t.* « et ex diverso, si plures in portionibus sint, tacite singulis decrescere, ut si verbi gratia quatuor ex tertiis partibus heredes scripti sunt, perinde habeantur, ac si unusquisque ex quarta parte scriptus fuerit ».

[95]) Vedi Schrader, *Diss. cit.* II, p. 254 seg.

in venti parti, delle quali dodici abbia lasciato ai due coeredi istituiti *ex asse*, otto al terzo [96]). Altro caso: ad uno è stato lasciato un terzo e dopo aver distribuito tutte le altre parti dell'asse fra altri eredi, il testatore ha lasciato a quel medesimo ancora un sesto. Qui si deve ammettere diviso l'asse in quattordici parti, delle quali l'istituito nel terzo e nel sesto ne riceve sei [97]). Coerentemente se due siano istituiti nell'intero, altri poi in dodici once, i due primi ricevono insieme una metà dell'asse, l'altra metà va all'erede instituito in dodici oncie [98]).

A queste decisioni sembra contraddire la L. 23 Cod. *de legatis* 6, 37 [99]). Giustiniano decide in questa, come egli dice, una disputa degli antichi giureconsulti, quella cioè sul modo come debba intendersi la disposizione con la quale il testatore abbia prima lasciato tutto ad uno a titolo di legato o di istituzione di erede, poi abbia lasciato una parte di questo tutto ad altri [100]). La decisione di Giustiniano è contenuta nelle seguenti parole: « Si quis itaque vel agrum, *vel hereditatem* relinquerit, primo quidem in totum, secundo autem in partem dimidiam: utrumque

---

[96]) L. 13 § D. *h. t.* « Si duos ex asse heredes instituerit, tertium autem ex dimidia et sexta, — Labeo ait, in viginti uncias assem dividendum, octo laturum ex dimidia et sextâ scriptum, illos duos duodecim ».

[97]) L. 13 § 7 *eod.* « *Titius ex parte tertia*, deinde, asse expleto. *item ex parte sexta*, in quatuordecim uncias hereditatem dividendam Trebatius ait ».

[98]) L. 13 § 5 *eod.* « Sed si duos ex asse heredes scripserit, alios ex duodecim unciis, an aeque distributio fiat, apud Labeonem quaeritur. Et putat Labeo, et illos es semisse, et hos, qui ex duodecim unciis scripti sunt, ex semisse heredes fore; cui sententiae assentiendum puto ».

[99]) E. Schrader, *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni civili), V. II, n. 4. *Auslegung letzten Willen*, ecc. (Interpretazione dell'ultima volontà, quando il testatore abbia nella divisione distribuito più di un asse, con speciale riguardo alla L. 23 Cod. *de legatis*).

[100]) Nel principio del testo. Il § 1 tratta la questione affine, che cosa debba decidersi quando a più persone sia lasciato lo stesso asse intero. L'imperatore decide che, salva una diversa volontà manifesta del testatore, abbia luogo un concorso a parti uguali, decisione questa che, almeno riguardo all'istituzione d'erede, è pienamente concorde coi principii del diritto delle *Pandette*.

in sex uncias esse vel dominum rei legatae, vel hereditatis. Et si tota re primo relicto, tertiam partem secundum praedictum modum octo quidem uncias vel agri vel hereditatis apud primum remanere, tertiam autem partem vel quatuor uncias ad secundum migrare. Et sic in omnibus statuendum est, i. e. in hereditatibus, vel legatis, vel fideicommissis: vestigia enim voluntatis testatoris non aliter nisi per hujusmodi viam aestimanda sunt ».

Se si considera questo caso alla stregua delle disposizioni delle Pandette ne consegue che si deve ammettere il computo nella così detta proporzione geometrica, si deve ritenere cioè che il testatore, disponendo di più che dell'intero, abbia voluto soltanto stabilire il rapporto nel quale i più chiamati debbono dividersi l'eredità, di maniera che deve anche ammettersi la diminuzione proporzionale delle parti di tutti i chiamati. La decisione di GIUSTINIANO invece si fonda sul principio che il testatore abbia voluto con la disposizione successiva diminuire la precedente [1]) e che perciò debba la parte indicata nella disposizione posteriore essere detratta, in proporzione puramente aritmetica, completamente dall'intero asse.

Le opinioni degli interpreti sul significato di questo testo e sul rapporto di esso con le disposizioni delle Pandette sono molto discordi [2]).

Alcuni credono che la decisione di GIUSTINIANO abbia abrogato il diritto delle Pandette [3]). Questo concetto concorderebbe

---

[1]) L'imperatore parte nella sua decisione dal supposto che il testatore non abbia disposto in quel modo per errore di computo, ma per mutare parzialmente la sua prima disposizione: « recessisse quidem a prima voluntate, voluisse autem minui eam sex unciis ».

[2]) Nella citata *dissertazione* dello SCHRADER § 5 sono esposte e criticate le diverse opinioni.

[3]) Così specialmente DUARENO, *comm. ad tit. Dig. de her. inst.* cap. 3 e CUIACIO in più luoghi e sopratutto nel commentario a questa legge di GIUSTINIANO. Lo SCHRADER, *Diss. cit.* p. 247 nota 1, menziona anche una opinione particolare di BALDUINO riferita dal GIFANIO, ma che egli dice di non aver potuto scoprire. Probabilmente è quella sviluppata nel suo *Justinianus* lib. II (*Iurisprudentia Romana et attica*, T. I p. 1110 seg.), dove egli aderisce pienamente all'opinione che la decisione di GIUSTINIANO sia inconciliabile con quella delle *Pandette*, ma crede che le

col fatto che la costituzione di GIUSTINIANO contiene la decisione di una questione controversa, però che noi vediamo chiaramente dalle testimonianze sopra riferite che i giureconsulti romani non erano d'accordo neppur sui casi decisi dalle Pandette; tuttavia altri argomenti si oppongono a questo concetto. La costituzione fu emanata nel novembre del 530 prima ancora che GIUSTINIANO desse l'incarico della compilazione delle Pandette; se tuttavia alcuni testi assai chiari e contenenti accenni a diversità di opinioni furono raccolti nelle Pandette, non si può credere che in essi si applicassero principii che GIUSTINIANO aveva già abrogato [4]). Perciò i più hanno tentato una conciliazione delle Pandette e del Codice, conciliazione fondata sul supposto che questo e quelle considerino casi diversi. Dei vari tentativi di conciliazione meritano di esser richiamati principalmente i seguenti:

a) quello difeso specialmente dal DONELLO [5]). Questo consiste, astrazione fatta da alcune improprietà di linguaggio del DONELLO, nell'intendere le Pandette di casi nei quali il testatore abbia distribuito la sua eredità in parti designate coi nomi tecnici (*as*, *uncias*, *bes*, ecc.). In tal caso si deve ammettere che il testatore sia passato al *dupondium* o che abbia voluto dividere l'eredità in tante parti quante egli ne ha nominate. La costituzione di GIUSTINIANO invece considererebbe il caso in cui ad uno sia lasciato il tutto e all'altro sia lasciata chiaramente ed espressamente una parte determinata di questo intero; in tal caso avrebbe luogo una semplice deduzione di questa parte dall' intero [6]).

Pandette siano ancora applicabili in taluni casi, nei casi cioè in cui all'ultimo nominato siano attribuite oncie. ma non quote, quali una metà od un terzo, che in tal caso sarebbe da ammettere che il testatore abbia voluto fare uso della libertà garantitagli dalla legge di dividere la sua eredità in quante parti vuole. In sostanza però questa non è che la opinione del DONELLO, che qui sotto esponiamo.

[4]) SCHRADER, *loc. cit.* pag. 241.

[5]) *Comm. iuris civilis* VI, 22 § 8.

[6]) Quest'opinione ha trovato molto favore ed è accolta in ispecie dallo SCHULTING, nelle *Notae ad Dig.* V, p. 51, dal VINNIO, *comm. ad Jnst.* II, XVI. 7 e dall'EINECCIO nelle *note* al VINNIO.

Questi scrittori però espongono l'opinione del DONELLO in modo più preciso che il DONELLO stesso.

b) Il secondo tentativo di conciliazione si trova presso il GIFANIO [7]), ma è esposto in modo più diffuso e profondo dallo SCHRADER nella dissertazione citata. Esso si fonda sulla dichiarazione di GIUSTINIANO, che quando il testatore abbia lasciato ad uno il tutto e poi ad un altro una parte del tutto, si deve ammettere ch'egli abbia così cambiato in parte la sua prima volontà; in altre parole l'ultima disposizione è pienamente valida, la prima ne viene modificata nei limiti in cui ciò è necessario. Si dice per ciò che GIUSTINIANO fondi la sua decisione sull'anteriorità o posteriorità della disposizione [8]), mentre invece nelle *Pandette* non si accenna a questa distinzione di tempo [9]) e deve ritenersi che i coeredi, le cui porzioni sommate importano un intero, siano stati nominati immediatamente uno dopo l'altro. A rigore anche in questa loro indicazione successiva vi ha una diversità di tempo, ma questa diversità è così insignificante che i nominati l'uno immediatamente dopo l'altro si debbono considerare come chiamati tutti insieme. La regola del Codice pertanto si applicherebbe quando parecchie disposizioni superanti l'intero siano state fatte l'una dopo l'altra in modo che si possa ammettere un mutamento di volontà [10]).

Quest'ultima conclusione deve senza dubbio ammettersi, ma in tal modo non è affatto spiegata la decisione di GIUSTINIANO, perchè questa parte dal concetto che il testatore abbia mutato in parte la sua volontà ogni qual volta si sia espresso nel modo indicato dalla costituzione. Ma poichè ciò non può argomentarsi dal solo fatto che le parti distribuite superino tutt'insieme l'intera eredità, bisogna cercare un altro fondamento a tale spiegazione e questo appunto è trovato dallo SCHRADER nella diversità dei tempi

---

[7]) *Explanatio difficiliorum legum Codicis, ad L. 23 Cod. de leg.*

[8]) L. 23 pr. *Cod.* cit., — « si quis quendam agrum — in solidum legaverit, *deinde* alii partem ejus dimidam, manifestissimum est, eum, qui *ab initio* duodecim uncias rei cuidam reliquit, recessisse *a priore voluntate* ».

[9]) L. 13 § 7 D. *h. t.* — « Titius ex parte tertia, *deinde*, asse expleto, idem ex parte sexta ».

[10]) SCHRADER, *loc. cit.*, pag. 242.

o nel fatto che i più eredi siano chiamati successivamente in diverse parti dell'atto di ultima volontà [11]). A questa spiegazione però si oppongono alcune difficoltà e in ogni caso la legge darebbe sempre luogo a molte dispute nella sua applicazione. Se il testatore per esempio abbia detto: « io istituisco Tizio erede di tutto il mio patrimonio, ma voglio che la metà di questo spetti a Mevio », si dovrebbe tanto secondo l'interpretazione più naturale, quanto secondo la costituzione di GIUSTINIANO, concludere che l'eredità si divida tra i due in parti uguali: ma se tutto si fa dipendere dal fatto se gli eredi siano stati nominati immediatamente l'uno dopo l'altro o in diverse parti del testamento, la cosa diviene dubbia. Tutto sommato, per ciò, l'opinione del DONELLO, come è stata esposta sopra, merita la preferenza. Lo SCHRADER osserva in contrario che non sarebbe stata affatto necessaria una decisione pel caso configurato dal DONELLO, perchè in tal caso si sottintendeva facilmente l'applicazione della proporzione aritmetica o della semplice deduzione [12]). Tuttavia poteva benissimo avvenire un errore del testatore in questo caso, come nella distribuzione dell'eredità in parti designate con le espressioni tecniche consuete, massime se si pensi che le parole *dimidia, tertia pars*, ecc., potevano anche benissimo indicare le sei e le quattro once dell'asse raddoppiato. Ma la decisione di GIUSTINIANO, pur nella sua indeterminatezza di espressioni, si fonda sopra un concetto sostanzialmente esatto: il testatore può distribuire l'eredità in tante parti quante vuole; e per ciò se egli nomina soltanto le parti e supera così il numero delle parti costituenti l'intero, è molto facile concludere che l'eredità si debba dividere in quella stessa proporzione, per esempio la metà, un terzo, ecc., è anche da credere che in tal modo egli abbia voluto diminuire il tutto già lasciato

---

[11]) *Loc. cit.*, pag. 244. Confronta anche pag. 248, deve egli riferisce così l'opinione del GIFANIO da lui sostanzialmente accolta: i principii del Codice trovano applicazione ogni qual volta i più son chiamati in parti diverse del testamento, quelli delle Pandette quando essi siano istituiti uno dietro l'altro. — Confronta anche la nota finale dello SCHRADER al § 7 I. h. t.

[12]) *Loc. cit.*, pag. 250 seg.

prima [13]). Il presupposto ammesso come indubitato da GIUSTINIANO [14]) che il testatore abbia con una tale disposizione voluto effettivamente mutare la volontà prima espressa, non può essere accolto per buono senza che si accetti la decisione stessa, o se la si debba ritenere male motivata. Maggior peso sembra avere l'argomento avversario che anche GIUSTINIANO parli di denominazioni di parti e che anche in questo caso egli ammetta la stessa decisione che quando siano indicate delle parti assolute [15]), anzi può invocarsi a questo riguardo un testo delle Pandette nel quale sono nominate parti assolute e tuttavia si decide per la proporzione geometrica, cioè per una diminuzione proporzionale di tutte le parti [16]). Senonchè si potrebbe ricordare a buon diritto che così si ha riguardo al complesso del testo e ai principii che stanno a fondamento della decisione (vedi nota 13). Di solito dodici once esauriscono l'asse come sei once ne formano la meta; GIUSTINIANO per ciò poteva benissimo, dopo aver prima nominato queste parti assolute dell'asse, indicare senza timore di essere frainteso l'intero con dodici once e la metà con sei; ma per ciò che riguarda il testo delle Pandette non si può attribuire una speciale importanza alle espressioni *dimidia* e *sexta* perchè il giureconsulto indica il contenuto della disposizione in generale, non riferisce le parole

---

[13]) Lo SCHRADER cita una dissertazione di OPPENRITTER, *Decisionum imperatoriarum Syntagma*, Vienna 1735, dove, secondo quanto egli afferma, l'opinione del DONELLO è sviluppata presso a poco in questo modo. Egli osserva in contrario che con questa spiegazione si guarda piuttosto ad alcune espressioni isolate che all'insieme del discorso. Io potrei obiettare ciò proprio contro l'opinione GIFANIO-SCHRADER, perchè in essa tutto dipende dal fatto che, secondo gli esempii citati da GIUSTINIANO prima (*ab initio*) si dà ad uno il tutto e poi (*deinde*) ad un altro una parte. Se si vuol dare importanza a ciò, si deve allora ammettere che la L. 12 § 7 Dig. h. t. contraddice alla decisione di GIUSTINIANO; perchè per qual motivo in quella legge dovrebbe la parola *deinde* avere un significato diverso che nella costituzione?

[14]) « Manifestissimimum est eum recessisse a priore voluntate ».

[15]) « Eum qui ab initio duodecim uncias rei cuidam reliquit.... voluisse minui eam sex unciis ». SCHRADER, *loc. cit.*, pag. 242, 250.

[16]) L. 13, § 6, D. *h. t.* « Sed si duos ex asse heredes instituerit, tertium autem *ex dimidia et sexta* — *in viginti uncias assem dividendum* ».

di essa e il testo può essere inteso così anche senza far violenza alle parole: quando alcuno istituisce due persone in dodici parti e un terzo in otto parti, egli distribuisce l'eredità in venti parti. Se ora noi vogliamo riferire in poche parole il contenuto dei testi delle Pandette e della costituzione, si ha il seguente risultato: se un testatore nella distribuzione dell'asse ai singoli successori supera la divisione normale aritmetica, nel dubbio [17]) ha luogo una diminuzione proporzionale di tutte le parti, ma se la disposizione diretta all'intero viene poi diminuita con determinazione di parti, quella diminuzione deve intendersi completa, vale a dire i nominati posteriormente ricevono le parti loro attribuite senza deduzione [18]).

Poichè del resto la terminologia romana per designare l'intero e le sue parti non si adopera più, così oggi è senza dubbio assai più rara l'occasione di far uso del principio del Codice, però che l'ignoranza di quella terminologia era la cagione consueta del fatto, a quanto pare, tanto frequente presso i Romani, che nella disposizione si superasse il numero delle parti dell'asse. Anche oggi però le disposizioni delle Pandette sono applicabili ai casi in cui si è veramente disposto di un numero di parti maggiore del vero; i principii della costituzione di Giustiniano non si ap-

---

[17]) Che qui si debba sempre guardare alla volontà del testatore, risulta in particolar modo dal fatto che i giureconsulti romani fondano l'applicazione di questo sistema di riduzione sulla probabile volontà del disponente. Vedi per es. L. 17 in f. Dig. h. t. Giustiniano decide anche il caso contenuto nel § 1 (vedi nota 100) colla esplicita riserva: salvo che il testatore non abbia voluto e disposto altrimenti.

[18]) Nessuno può dubitare che anche a questo riguardo si debba tener conto della eventuale volontà diversa del testatore. Infatti, sebbene l'imperatore dica: « *vestigia voluntatis testatoris non aliter, nisi per huius modi viam aestimanda sunt* », queste parole possono significare soltanto che se il testatore si sia espresso nel modo qui indicato (abbia cioè dato ad uno l'intero, a un altro la metà, a un altro il terzo, ecc.), deve supporsi che colla posteriore disposizione abbia voluto limitare la prima e non si deve per ciò tener conto di semplici presunzioni del contrario. Un po' diversamente sono spiegate queste parole dallo Schrader, *loc. cit.*, pag. 239 seg.

plicano invece [19]). Se quindi per es. si trovasse la seguente disposizione: istituisco eredi *A*, *B*, *C*, *D* ed *E*, in maniera che *A*, abbia due parti; *B*, tre parti; *C*, quattro parti; *D*, cinque ed *E*, sei parti, non v'è dubbio alcuno che qui si dovrebbero fare venti parti. Ma una distribuzione deve farsi anche quando il testatore abbia erroneamerte designato quest'ultima parte come sei parti e abbia così oltrepassato l'intero secondo le regole aritmetiche di di più del triplo.

Del resto, secondo la costituzione di GIUSTINIANO, deve ammettersi che all'ultimo chiamato sia stato lasciato meno dell'intero perchè altrimenti la disposizione precedente si dovrebbe ritenere come revocata. Ora che GIUSTINIANO non abbia voluto dir ciò appare, non soltanto dal fatto che si parla sempre solo di diminuzione della precedente disposizione per effetto della successiva, ma anche dal caso deciso nel § 1 della costituzione dove, quando l'intero sia lasciato a più, ognuno riceve la metà: — « sancimus cuicumque sit hereditas vel ager in memoratis casibus, sive conjunctim, sive soli, sive saepius eidem relictus, *aequa lance et hereditatem* et agrum et aliam quamcunque rem *dividi* et *ad dimidiam parte unumquemque vocari* »[20]).

Ma che cosa sarà da dire quando la disposizione precedente non abbia per oggetto l'intera eredità, ma solo una parte? Lo SCHRADER vuole che anche in questo caso essa sia limitata nello stesso modo della posteriore, e quindi se alcuno per esempio istituisce *A* nei due terzi e poi *B* nei tre quarti, deve ammettersi che il testatore abbia voluto coll'ultima disposizione ridurre *A* ad un quarto solo [21]). Ma si può dire che ciò sia veramente consentaneo alla presunta volontà del testatore? Non è piuttosto meglio corrispondente a questa l'ammettere che il testatore, il quale ha attribuito parti determinate a ciascuno dei coeredi superando però nella somma le unità contenute nell'intero, abbia voluto appunto dividere l'eredità in tante parti e quindi nel caso particolare in

[19]) WEBER, *ad Hoepfner* § 493 nota 2.
[20]) SCHRADER, *loc. cit.*, pag. 237, n. 4, pag. 240.
[21]) *Loc. cit.*, pag. 238 seg.

diciassette parti, delle quali otto ad *A* e nove a *B*? Ma non è neppur possibile di conciliare in altro modo le disposizioni delle Pandette e del Codice, salvo che non si rinunci a riconoscere in quelle un principio costante e applicabile con sicurezza. Infine, se si consideri che il dubbio sul punto se il testatore abbia con la disposizione posteriore voluto limitare la precedente oppure ordinare una distribuzione dell'eredità in proporzione geometrica, è molto più facile quando il testatore avesse dapprima disposto dell'intero, non si avrà alcuna esitanza ad applicare la costituzione di GIUSTINIANO alla lettera.

B) Esaminiamo ora il secondo caso principale: il testatore ha istituito uno o più lasciando a questi parti determinate, altri senza determinazione di parti. In tal caso:

1.° l'asse non è stato esaurito dalle parti distribuite e allora il residuo va agli istituiti senza parte [22]); oppure:

2.° l'asse è stato esaurito o superato con la distribuzione delle parti e allora le parti dell'asse si raddoppiano, ovvero dell'asse si fa un *dupondius* e così si determina che cosa e quanto debbano ricevere gli istituiti senza parte. Se pertanto l'asse fosse stato esaurito colla distribuzione fatta dal testatore, gli altri coeredi riceverebbero tutti insieme la metà; se invece il testatore avesse distribuito 14 parti, gli istituiti senza distribuzione di parti avrebbero tutti insieme 10 parti, di guisa che qui ha sempre luogo una diminuzione proporzionale delle parti assegnate, cioè l'applicazione della proporzione geometrica [23]). Lo stesso ha luogo quando colle

---

[22]) § 6 I. *h. t.*: « partibus autem in quorundam personis expressis, si quis alius sine parte nominatus erit, si quidem aliqua pars assi deerit, ex ea parte heres fiet, et si plures sine parte scripti sunt, omnes in eandem partem concurrent ». — L. 17 pr. Dig. *h. t.* Del resto coloro che concorrono nelle restanti parti dell'asse non sono veri *coniuncti* — L. 17 § 1 D. *eod.*: « Nam quantum ad ius accrescendi non sunt coniuncti qui sine partibus instituuntur ».

[23]) § 8 I. *h. t.* « Et si plures unciae, quam duodecim, distributae sunt, is, qui siae parte institutus sit, quod dupondio deest habebit » — L. 17, § 2, 4, L. 18 D. *h. t.*

parti assegnate è esaurito o superato anche il dupondio [24]), ciò che i moderni esprimono così: « *ex asse fit tripondius* »[25]). Se il testatore, dopo aver esaurito l'asse colla distribuzione di parti, si esprima con questa formula « *ex reliqua parte ille vel ille heres esto* », l'istituito senza parte non otterrà nulla [26]): i giureconsulti romani trattano dunque questa istituzione alla pari di quella nella quale si designa la parte in riferimento ad un'altra che non

---

[24]) § 8 I. *h. t* — « Idemque erit, si dupondius expletus sit; quae omnes partes ad assem postea revocantur, quamvis sint plurium unciarum »; vale a dire ha luogo sempre una riduzione proporzionale all'asse qualunque sia il numero delle parti fatte, di maniera che se uno sia istituito in 12 dodicesimi, un altro ancora in 12 dodicesimi e in fine un terzo senza attribuzione di parte, ciascuno riceve un terzo dell'asse, come se ciascuno fosse istituito espressamente in un *triens*. L. 17 § 5 D. *eod*. L. 18 in fine *eod*.: « eadem ratio est in secundo asse quae in primo ».

[25]) Si dubitava se in tal caso non si dovesse raddoppiare il dupondio, ma fu poi ammesso il contrario come coerente alla più probabile volontà del testatore. L. 17, § 5, D. *h. t.* « Quod si quis dupondium distribuit, et tertium sine parte instituit, hic non in alium assem, sed in trientem venit, ut Labeo libro quarto posteriorum scripsit; nec Aristo vel Aulus notaverunt ». Per *alius as* s'intende qui l'asse raddoppiato (Pothier, *Pand. Iust.*, XXVIII tit. V, n. 55 nota 3; Hoepfner, *Comm.*, § 497 nota 7). Il giureconsulto vuol dire pertanto che le parti dell'asse non sono quadruplicate, di maniera che gl'istituiti senza parte ricevano tutto ciò che manca a 48 parti, ma sono semplicemente triplicate. Non è però necessario leggere coll'Aloandro e con altri *in alium dupondium* invece che *in alium assem: alius as* è qui un nuovo intero composto di tante parti quante l'intero esaurito colla distribuzione. Confronta Agostino, *Emendationes*, lib. III c, 3, *n. f* nel *Thesaurus* di Ottone, IV, 1507 e Fabro, *Coniecturae* lib. V c. 20. Le parole finali del testo dicono che anche Aristone ed Aulo nulla opposero a questa opinione di Labeone, ma la occolsero anzi come la più probabile e la meglio rispondente alla presunta volontà del testatore. Si discute solo se questo Aulo sia Aulo Ofilio od Aulo Cascellio, o se anzi non si debba invece di Aulus leggere Paulus, potendosi di questo ultimo più di quello dire con sicurezza che egli scrisse note a Labeone. Su ciò e sulla strana lezione di questo testo in Aloandro, occasionata da un equivoco del noto critico Bolognino, vedi in ispecie Agostino e Menagio *Amoenitates iuris civilis* c. 8, pag. 43 seg. dell'edizione di Francoforte.

[26]) L. 17, § 3, D. *h. t.* — « quoniam, quum nihil reliquum sit, ex nulla parte heres institutus est ».

esiste [27]). È sempre sottinteso però, salva la diversa volontà del testatore, perchè in quasi tutti i testi che trattano della divisione dell'eredità nel caso di inesatte distribuzioni di parti per opera del testatore si segue sempre come criterio la volontà manifesta o anche solo presunta del testatore. Perciò questa decisione vale solo pel caso che l'asse sia stato esaurito nella distribuzione fatta dal testatore. Se il testatore lo ha sorpassato, entrando colla sua distribuzione nel *dupondius*, ha luogo ancora la diminuzione proporzionale delle parti come la cosa più rispondente alla presunta volontà del testatore.

« HERMOGENIANUS, *Lib. III juris epitomarum:* Ex unciis sex primo herede instituto, secundo ex octo, *si tertius ex residua parte* — heres instituatur, quinque uncias hereditatis tertius habebit; in viginti quatuor etenim partes hereditate distributa. tertio ratio calculi, veluti ex decem partibus instituto, quinque uncias assignavit » [28]).

Si fa luogo dunque alla distribuzione per dupondio, dando al primo 6, al secondo 8, al terzo 10 parti, ovvero, riducendo ad once, al primo 3, al secondo 4, al terzo 5.

Una menzione speciale meritano anche i casi nei quali il testatore ha fondato la sua distribuzione di parti su un evento futuro ed incerto, come per esempio sulla sua futura discendenza.

« JULIANUS, *Lib. XXIX Digestorum:* Si ita scriptum sit: *si filius mihi natus fuerit, ex besse heres esto, ex reliqua parte uxor mea heres esto; si vero filia mihi nata fuerit, ex triente heres esto, ex reliqua parte uxor heres esto;* et filius et filia nati essent, dicendun est, assem distribuendum esse in septem partes, ut ex his

[27]) L. ult. D. *de B. P. sec. tab.* (XXXVII, 11). — « Quodsi — — non invenitur portio, ex qua institutus est (heres), nec bonorum possessionem petere potest. Id evonit, si quis ita heredem instituat: *Titius quanta ex parte priore testamento eum heredem scriptum habeo, heres esto.* vel: *quanta ex parte codicillis, scriptum eum habeo*, si scriptus non inveniatur ». — *Jos.* AVERANII, *interpr. jur.* Lib. V, c. 20, Nr. 1, 2.

[28]) L. 87 D. *h. t.* — POTHIER, *Pand. Justin.* Lib. XXVIII, Tit. V, Nr. 54, not. 1.

filius quatuor, uxor duas, filia unam partem habeat: ita enim secundum voluntatem testantis filius altero tanto amplius habebit, quam uxor, item uxor altero tanto amplius, quam filia. Licet enim subtili juris regulae conveniebat ruptum fieri testamentum, attamen, cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere, ideo ad hujusmodi sententiam humanitate suggerente decursum est; quod etiam Juventio Celso apertissime placuit » [29]).

Il testatore non aveva preveduto il caso che gli nascessero due gemelli, ma avea solo stabilito la quota di successione della moglie pel caso che gli nascesse un figlio o una figlia. A rigore (*subtili iuris regula*) dice GIULIANO, il testamento dovrebbe considerarsi rotto per la nascita dei due gemelli, ma poichè il testatore ha determinato il rapporto della quota della moglie verso ambedue, il figlio e la figlia [30]), la lettera della disposizione non fa ostacolo alla sua esecuzione e deve applicarsi la regola d'interpretazione equitativa per la quale i negozii giuridici in genere e quelli di ultima volontà in ispecie debbono nel dubbio tenersi in vigore.

Per ciò che riguarda però il modo di esecuzione, cioè la distribuzione dell'asse, anche qui si fa la diminuzione delle quote di tutti gli eredi in proporzione geometrica. Il principio direttivo è il seguente: un figlio deve avere il doppio della moglie, questa il doppio della figlia, l'eredità si divide in 7 parti e se ne danno 4 al figlio, 2 alla moglie, 1 alla figlia, o, se si preferisce, in 14 once, delle quali 8 al figlio, 4 alla moglie, 2 alla figlia [31]).

---

[29]) L. 13 pr. Dig. *de lib. et post.*, 28, 2.

[30]) « Cum ex utroque nato testator voluerit uxorem aliquid habere ». È in sostanza indifferente leggere *ex utroque* o *et utroque* o lasciare via del tutto la particella *ex* o *et*. Colla prima lezione i figli appaiono gli eredi principali la cui parte è diminuita del concorso della madre; il pensiero però è sempre questo: poichè il testatore ha disposto che la madre deve ereditare ed ha anche determinato in qual rapporto col futuro figlio o figlia, la disposizione può sempre ritenersi valida.

[31]) Vedi AVERANII, *Interpretationes iuris*, lib. I, cap. 21, n. 6: POTHIER, *Pand. Iust.*, lib. XXVIII, tit. 2, n. 31, nota 1; MAIANSIO, *Disputationes*, n. XXXVIII, § 8.

Un altro caso che ci interessa è quello considerato da AFRICANO nel libro 4 delle *Questioni* [32]). Un tale istituisce erede la figlia *ex asse* (*Titia filia mea heres esto*). Dispone poi che se gli nasceranno ancora figli, quelli di sesso maschile siano eredi per tre quarti (*qui virilis sexus unus pluresve nascentur, ex parte dimidia et quarta... heredes sunto*), le femmine per un quarto (*feminini sexus una pluresse ex parte quarta*). Essendo poi nato un figlio, AFRICANO decide che l'eredità debba dividersi in 7 parti o 21 once, delle quali Tizia prenda 12 e il postumo 9, perchè essendosi al figlio lasciate nove parti (*dodrans*) egli deve ricevere un quarto meno della figlia istituita per l'intero. Se nascesse una figlia, Tizia prenderebbe la metà dell'intera eredità e l'altra metà si dividerebbe fra i postumi, attribuendosi, ben inteso, 9 parti del dupondio al maschio e tre alla femmina.

Ma come si concilia questa decisione colla L. 23 Cod. *de legatis* 6, 37 sopra interpretata, secondo la quale quando una disposizione sull'intero è diminuita da disposizioni parziali a favore d'altri, queste parti devono prendersi per intero dall'eredità, cioè non soltanto in misura proporzionale al complesso delle disposizioni? Non dovrebbe per queste regole il postumo avere tre parti della intera eredità e la postuma un quarto anzichè tre once del *dupondius?* Ciò ammettono alcuni, i quali ritengono che GIUSTINIANO abbia derogato al testo di AFRICANO [33]). In fatto però, anche secondo la legge di GIUSTINIANO, il caso non potrebbe decidersi diversamente, perchè il testatore aveva lasciato ai due postumi insieme 12 once, cioè un intero asse, nel qual caso, secondo la disposizione espressa dallo stesso GIUSTINIANO, bisogna per forza formare il dupondio e far la divisione di esso [34]). Qui non si può dire neppure, come nel caso riferito da GIULIANO in L. 13 pr. D. *de lib. et post.* 28, 2, che il testatore avesse considerato il caso di nascita soltanto di un figlio o di una figlia, perchè egli ha detto

---

[32]) L. 47, § 1 D. *h. t.*

[33]) Così il CUIACIO, *Comm. ad tit. de her. inst. h. t.*

[34]) L. 23 § 1 Cod. *de legatis*. Vedi sopra nota 20.

in modo generale, che se gli nasceranno ancora dei figli, vivo o morto lui, i maschi devono avere tanto e le femmine tanto: egli ha dunque considerato ambedue i casi [35]).

Maggiore analogia col primo caso ha il seguente, tratto dal libro IX delle *Questioni* di PAOLO [36]). Il testatore dispone che se gli nascerà un figlio questo sia erede, se gliene nasceranno due questi dividano l'eredità in parti uguali, e che lo stesso debba farsi se nasceranno due figlie; se poi nascano un figlio e una figlia, il primo abbia due terzi, la seconda un terzo. Nascendo due figli e una figlia sorge la questione sul modo di dividere l'eredità. La risposta è che siccome a ciascuno dei figli maschi spetta una parte uguale, e ogni figlio deve avere il doppio della figlia, l'eredità si deve dividere in cinque parti, delle quali 2 a ciascuno dei figli e 1 alla figlia [37]).

§ 1440.

Forma dell' istituzione.

Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest.

L'istituzione d'erede deve farsi nella forma prescritta. E per ciò, 1° è necessario che l'istituzione sia fatta in tutta l'eredità. L'istituzione in una sola parte o in una sola cosa non produce nullità della disposizione, perchè questa si considera di regola come disposizione del tutto, ma la dichiarazione esplicita del testatore che l'erede non debba avere più che la parte lascia-

---

[35]) Quest'opinione trovasi espressa in modo sommario dal POTHIER *ad h. t.*, n. 57 nota 1. « Computatur igitur quadrans postumae quae non nata est assignatus, *ita, ut asse completo filia* (*Titia*) *in alterum assem scripta videatur* ».

Parecchi tentativi di conciliazione insufficienti si trovano nella glossa di ACCURSIO Filia ad h. l.

[36]) L. 81 pr. Dig. *h. t.*, 28, 5.

[37]) Nella glossa di ACCURSIO, *accipiat* ad h. l., si propone il quesito come debba decidersi il caso che sia nato un solo figlio, ma due figlie. La risposta giusta è: poichè il figlio riceve tanto quanto due figlie insieme l'eredità si dividerà in quattro parti di cui due anderanno al figlio e una per una alle figlie. Vedi anche CUIACIO *ad lib. IX quaestionum Pauli h. l.*

tagli senza nulla disporre del resto, rende la disposizione nulla (vedi paragrafo seguente). Solo ad un soldato è permesso disporre in tal modo, anzi anche in mancanza di tale dichiarazione esplicita, l'erede di un soldato può esser limitato alla sola parte lasciatagli, il resto va in ambo i casi agli eredi intestati [38]). Per gli altri vale la regola che la successione deve avverarsi pel tutto *ab intestato* o pel tutto *ex testamento;* queste due specie di delazione non possono concorrere fra loro, l'una esclude necessariamente l'altra [39]), *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest* [40]), o, come dice CICERONE: « Unius pecuniae plures,

[38]) L. 6 D. *de test. milit.* (XXIX, 1). « Si miles unum ex fundo heredem scripserit, creditur, quantum ad residuum patrimonium, intestatus decessisse; *miles enim pro parte testatus potest decedere, pro parte intestatus* ». — § 5 I. *h. t.* L. 1 C. *de test. milit.* (VI, 21).

Egli è però cosa riconosciuta in modo espresso che qui si abbia riguardo alla opposta volontà del soldato. L. 37 Dig. *de test. milit.*, 29, 1.

[39]) Nel presupposto della validità di una disposizione testamentaria vale per ciò la regola: « Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur ». L. 39 D. *de acq. vel. omit. her.* 29, 2.

[40]) Speciali dissertazioni su questa regola sono nei tempi moderni quella di HAUBOLD (resp. HERMANNO), *De causis, cur idem et testato et intestato decedere non possit*, Lipsiae 1788, negli *Opuscoli* editi dal WENCK, vol. I, pag. 315 seg. THIBAUT, *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni civili) Heidelberg, 1814, n. 5; SEUFFERT, nell'*Archiv. für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile), vol. III, n. XV pag. 217 seg. DERNBURG, *Beitraege zur Geschichte*, ecc. (Contributi alla storia dei testamenti romani) Bonn 1821, pag. 302 seg. GANS, *Das Erbrecht*, ecc. (Il diritto di eredità nel suo svolgimento storico universale), vol. II, pag. 451 seg. ROSSHIRT, *Erbrecht* (Diritto di successione), pag. 38 seg.; HUSCHKE, *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), vol. VI, diss. VIII, pag. 257-369. Vedi anche a pag. 217 seg. di questo volume. ZAWITZ, *Diss. inauguralis de regula, secundum quam nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*, Gottinga, 1837, dove non sono però tenute in considerazione le profonde ricerche del HUSCHKE *r*).

r) Aggiungasi ora BONFANTE, *L'origine dell' hereditas e dei legati nel diritto successorio romano* — *A proposito della regola « nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, Bullettino dell' Istituto di diritto romano IV, pag. 97 e seg. — Contro di lui FILOMUSI, art. Successione nel « Digesto italiano », al quale ha risposto il BONFANTE in un successivo articolo nello stesso *Bullettino* VII, 151 seg. ove possono vedersi citati altri autori recenti. — Vedi pure FADDA, *Lezioni sul diritto ereditario romano*, Vol. I, pag. 27 seg.; FERRINI, *Pandette*, Milano, Soc. ed. libraria, 1900, n. 615 e ancora il FILOMUSI, nell' ultima edizione della sua *Enciclopedia giuridica*.

dissimilibus de causis, heredes esse non possunt, nec unquam factum est, ut ejusdem pecuniane alius testamento, alius lege heres esset »[41]). POMPONIO spiega questa regola come fondata sulla natura stessa delle cose, ma fa cenno anche della eccezione pei soldati, poichè così si esprime: « Jus nostrum non patitur, eumdem *in paganis* et testato et intestato decessisse: *earumque rerum naturaliter inter se pugna est, testatus et intestatus* »[42]); PAPINIANO invece, parlando della rescissione parziale per effetto della *querela inofficiosi testamenti*, dice: « nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri »[43]).

Sul fondamento di questa regola si è sempre molto disputato. Tutti però, anche coloro che interpretano alla lettera le parole di POMPONIO (che avvi una naturale contradizione tra *testatus* e *intestatus* e che la regola dunque riposa su presupposti naturali), concordano nel ritenere che qui non si debba pensare ad un diritto naturale vero e proprio, bensì soltanto a una necessità intima dei principii del diritto civile romano [44]). Sui singoli tentativi di

---

[41]) CICERO, *De inventione*, II, 21.

[42]) L. 7 D. *De reg. iuris*, 50, 17 — § 5 I. *h. t.*: « neque enim idem ex parte testatus, ex parte intestatus decedere potest, nisi sit miles, cujus sola voluntas in testando spectatur ». Un'applicazione istruttiva della regola si trova presso TRIFONINO nella L. 19 § 2 Dig. *de castr. pec.* 49, 17. « Filiusfamilias paganus de peculio castrensi fecit testamentum, et dum ignorat, patri se suum heredem extitisse, decessit: non potest videri pro castrensibus bonis testatus, pro paternis intestatus decessisse, quamvis id in milite etiam nunc rescriptum sit, quia filius *ab initio* pro parte testatus, pro parte intestatus potuerat mori; quod jus iste non habuerit, non magis, quam sine observatione legum facere testamentum. Necessario ergo castrensis peculii heres scriptus universa bona habebit, perinde ac si pauperrimus facto testamento decessisset, ignorans se locupletatum per servos alio loco agentes ».

[43]) L. 15 in f. Dig. *De inoff. test.*, 5, 2.

[44]) Anche G. GOTOFREDO, *Comm. ad tit. De reg. iuris*, negli *Opuscula* editi dal TROTZ, pag. 758, non dice in sostanza nulla di diverso, perchè egli cerca soltanto di dimostrare che la ragione stia nel *ius nostrum non patitur* e che le *parole earum rerum naturaliter inter se pugna est* non facciano che esprimere la regola logica che ne deriva, che le due cose opposte non possono coesistere l'una accanto all'altra. Confronta MARCKART, *Interpret. rec. iuris civilis*, lib. II, c. 24, p. 334 seg.

spiegazioni, che si richiamano in parte a circostanze esteriori, è da notare:

1) I testamenti sono, nella loro forma primitiva, vere leggi; alla legge generale (la successione intestata) si deroga mediante la legge speciale (il testamento) [45]. Orbene poichè due leggi sul medesimo oggetto non potevano coesistere, ne derivava naturalmente la giuridica impossibilità già ammessa da POMPONIO di un concorso della *successione intestata* col *testamento* [46]. Però, non è forse frequente il caso in cui una legge precedente venga soltanto modificata da una successiva, oppure solo in parte abrogata, od anche il caso che nei negozii giuridici solo in parte si applichino le prescrizioni legali ed in parte ci si allontani da esse lasciando ai privati una certa autonomia? E per ciò non si può facilmente determinare ove sia la contradizione quando un testatore dispone per testamento della sua eredità solo in parte e pel resto lascia che si apra la successione intestata [47]).

2) L'argomento tratto dal legame indispensabile esistente fra l'*hereditas* e i *sacra privata* non merita considerazione alcuna [48]), imperocchè anche in caso di più eredi testamentarii i *sacra* dovettero pure essere divisi; e allora come poteva su ciò avere influenza la diversità della causa di delazione? [49]).

3) Non è poi punto facile spiegare la regola col solo *favor testamentorum*, o colla esclusione, giuridicamente favorita, dell'erede *ab intestato* [50]). Imperocchè da un lato non si comprende così perchè l'erede testamentario debba avere più di ciò che il testatore gli ha destinato, e dall'altro non si concilia con ciò il fatto che quella regola non sia penetrata nei testamenti militari, che son tanto protetti [51]).

---

[45]) C. BYNKESHOEK, *Observationes iuris romani*, lib. II, c. 2; HUSCHKE, *Loc. cit.*, pag. 292, vedi sopra pag. 168 seg.

[46]) Vedi HAUBOLD, *loc. cit.*, § 7.

[47]) Vedi THIBAUT, *loc. cit.*, pag. 70.

[48]) HAUBOLD, *loc. cit.*, § 8.

[49]) THIBAUT, pag. 71.

[50]) HAUBOLD, § 10.

[51]) THIBAUT, pag. 72-73.

4) Quando poi altri si basano sulla presunzione favorevole all'erede testamentario che il testatore abbia voluto lasciare tutto a questo [52]), non si potrebbe più facilmente confutare detta opinione che osservando che una tale supposizione dovrebbe necessariamente essere esclusa dalla contraria volontà del testatore, cosa che non è certamente [53]).

5) Il THIBAUT ammette senz'altro che il fondamento della nostra regola risiedesse in una disposizione positiva di legge e nulla più. I giuristi romani avrebbero avuto una inclinazione per il positivo per la lettera della legge, così forte come noi non immaginiamo. Nelle leggi delle XII tavole è prescritto che quando taluno muore *intestatus* e manca un *suus heres*, l'eredità va ai prossimi agnati. Ma poichè colui il quale abbia disposto soltanto una parte della sua fortuna non muore intestato (in una interpretazione letterale della legge), non può ammettersi la successione intestata e per ciò l'erede testamentario incompletamente istituito deve ricevere il tutto. E stando strettamente fedeli a tale concetto si giunge a considerare tale principio come cosa naturalissima e a dichiarare una contradizione naturale il concorso dei due modi di delazione nella stessa eredità [54]). Qui si è giustamente notato che se detta regola si fosse fondata sopra una pura accidentalità e non anche su ragioni intrinseche i giureconsulti romani non l'avrebbero esposta come un principio di ragion naturale e che inoltre i giureconsulti romani non ammettevano di solito un sistema di interpretazione così letterale come il riferire il principio delle XII tavole *si intestatus moritur* anche al caso in cui un testamento divenga inefficace dopo la morte del testatore [55]).

6) Alla verità s'approssimano di più coloro i quali fanno derivare la regola della forma che ha il testamento da una man-

---

[52]) LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, sp. 361.

[53]) Vedi in senso contrario specialmente MARCKARD, *loc. cit.*, pag. 330-333. HAUBOLD, § 5.

[54]) THIBAUT, *loc. cit.*, pag. 73-78. Una spiegazione simile si trova nel DUARENO, *De iure accrescendi*, lib. I, c. 2, *Opera*, pag. 1078.

[55]) HUSCHKE, *loc. cit.*, pag. 263 seg.

cipazione, od anche dalla indivisibilità o unità della *familia* in essa mancipata [56]). Ma il fondamento di questa unità è ancora inesplicato, come indefinito è perchè questa indivisibilità debba riferirsi ai modi di delazione della successione e non possa invece coesistere un erede testamentario con un erede *ab intestato* così come lo possono due eredi testamentari [57]). Il HUSCHKE, l'opinione del quale in sostanza ha questa portata, tenta una spiegazione [58]) Il diritto di una persona ha due lati principali, la libertà personale (*caput*) e la libertà patrimoniale; a questi due obietti si riferiscono le espressioni *ius* e *familia* [59]); entrambe appartengono alla persona: in conseguenza non si possono concepire (fino a che l'uomo vive) separate; ed è perciò che la libertà patrimoniale non può essere alienata, ma si perde durante la vita dell'uomo solo con la libertà personale per la *capitis diminutio*. Se l'uomo muore i due lati si separano e solo la persona patrimoniale rivive come *hereditas* nell'erede, essa è dunque una *cosa*, ma non si perde per ciò la nozione di persona perchè « *hereditas personae* vice fungitur » [60]). Ma considerata come *cosa* essa è capace di divisione mentre ciò non accade durante la vita del testatore perchè come *familia* essa coincide colla libertà personale e ne è inconcepibile la divisione come della esistenza individuale stessa.

Familia e *hereditas* sono dunque, a dir vero, lo stesso oggetto, ma la *familia* si cambia in *hereditas* solo dopo la morte del testatore; fino a quel momento essa rappresenta la persona patrimo-

---

[56]) Anche questo motivo adduce il HAUBOLD, *loc. cit.*, § 9. Concordano sostanzialmente il WENCK, *pref. cit.*, p. XXVIII seg., e il DERNBURG, *loc. cit.*, pag. 311-14.

[57]) Che quest'opinione, la quale è seguita da nomi illustri, abbia un pensiero serio a suo fondamento è riconosciuto anche dal HUSCHKE, *loc. cit.*, pag. 260 seg., mentre poi nella dissertazione inaugurale dello ZAWITZ, è designata, come una *opinio omnium futilissima*.

[58]) *Loc. cit.*, pag. 271-98.

[59]) L. 195, § 1, D. *de verb. sign.*, 50, 16. Sul significato fondamentale di *familia*, vedi HUSCHKE, *Studien* (Studii di diritto romano), pag. 201 seg. 247 seg.

[60]) L. 22 Dig. *de fideiuss.*. 46, 1. L. 31, § 1, D. *h. t.*

niale del testatore e forma con esso una unità sola ed indivisibile. Ora, quando la legge permette alla persona di disporre durante la sua vita della *familia* (per il caso di morte) ne viene che, supponendo la validità di tale disposizione, la successione legale è perfettamente esclusa. Dato che taluno possa disporre della propria personalità, il soggetto disponente coincide necessariamente coll'oggetto della disposizione, oppure, per farne subito un'applicazione al nostro caso, nello stesso modo che la persona patrimoniale del testatore è indivisibile, deve esserlo anche la volontà disponente. Ne segue naturalmente che nessuno dei diversi modi di delazione d'una successione tolleri una concorrenza, bensì ognuno sia da solo efficace, o non lo sia affatto.

Quantunque i giureconsulti romani non abbiano potuto concepire la cosa perfettamente così, il concetto fondamentale è esatto: la *familia* di cui il testatore dispone è il lato patrimoniale della sua persona, e sarebbe quindi contradittorio il volerne disporre e restringere in pari tempo la disposizione a singole parti od oggetti [61]): per tal modo si comprendono assai facilmente le parole di POMPONIO che tenendo conto della natura della cosa è impossibile una concorrenza fra successione intestata e successione testamentaria, senza che esse voglian dire che vi sia contradizione veramente fra la successione testamentaria e la legittima, ossia tra i vari modi di delazione.

Ma la necessità intrinseca della nostra regola appare soltanto come una *conseguenza* che ammette eccezioni e limiti. Una eccezione generalissima ha luogo, come fu già accennato sopra, pei soldati, nelle ultime disposizioni dei quali predomina il principio della piena libertà [62]), limitata appena dalle leggi proibitive riguardanti la capacità di succedere [63]). Questa libertà ha inoltre per ciò che riguarda la regola *nemo pro parte*

---

[61]) Vedi sopra pag. 219.
[62]) Vedi GANS, *loc. cit.*, pag. 459 seg. HUSCHKE, *loc. cit.*, pag. 326-333.
[63]) L. 13, § 2, D. *de test. mil.*, 29. 1.

testatus, ecc., efficacia assoluta e non vale soltanto pel peculio castrense, come taluni ammettono senza ragione [64]).

Oltre o ciò, la regola va soggetta ad altre piccole eccezioni o per meglio dire a modificazioni; a queste non appartiene però l'antico diritto d'accrescimento dei figli e nipoti preteriti nel testamento [65]); non essendo questi ultimi considerati come eredi *ab intestato*, bensì attribuendosi loro la parte come se fossero stati istituiti nell'asse [66]). Neppure appartengono a queste i casi in cui colui, il quale eredita contro il testamento, sia obbligato a pagare il legato in forza della *contra tabulas bonorum possessio* o per la *inofficiosi querela* o per la regola della Nov. 115 [67]), perchè tali diminuzioni dell'eredità per opera dei successori singolari non cambiano affatto la natura della successione universale. Invece appartengono a questo punto i seguenti casi [68]): 1.º Quando un erede necessario sia istituito e un altro preterito, può bensì il primo

---

[64]) Le parole della L. 7 D. *de regulis iuris* 50, 17 *eundem in paganis* sono spiegate già da Accursio: « in domo et in pago quae situ, non in militia », senza però ch'egli faccia alcuna applicazione di questo suo concetto: e G. Gotofredo, nel commentario a questo testo, dice appunto che qui non si ha un *privilegium personarum seu militum*, ma un *privilegium rerum*. Se così fosse, anche un *non miles* dovrebbe aver diritto di testare nei suoi *bona castrensia*, ciò che è contraddetto invece dalla L. 19, § 2, D. *de castr. pec.* A ragione per ciò il Marckart, *loc. cit.*, pag. 329 seg., e il Conradi. Opusc. II, pag. 203 seg., osservano in contrario che *eundem in paganis* significa grammaticalmente lo stesso che *eundem inter paganos* o *eundem hominen paganum*. Appare anche chiaramente da altri testi, per es. dal § 5 I. *h t.* e dalla L. 19 D. *de castr. peculio* che il privilegio in questione è un privilegio meramente personale dei soldati.

[65]) Ulpiano, XXII, § 17, vedi pag. 544 del volume precedente.

[66]) Huschke, *loc. cit.*, pag. 314-317.

[67]) Sul primo caso vedi il titolo dei Digesti, *De legatis praestandis contra tabulas bonorum possessione petita*, 37, 5, e pag. 331 seg. del volume precedente. Sui casi nei quali, anche intentata la querela d'inofficioso, devono non ostante pagarsi i legati, vedi L. 17, § 1, L. 28 D. *de inof. test.*, 5, 2 e pag. 249 del vol. II, di questo libro XXVIII.

[68]) Vedi in generale sui casi annoverati normalmente in questa categoria Huschke, *loc. cit.*, pag. 333-364, dove se ne trovano anche alcuni non più aventi importanza pratica, ma che sono passati nella superiore esposizione.

giovarsi della *contra tabulas b. p.* del secondo, ma egli può anche astenersene, e il suo diritto d'eredità testamentaria coesiste colla *b. p. contra tabulas* del preterito [69]). A dir vero la *contra tabulas b. p.* non è una *b. p. intestati* vera e propria; ma deve essere piuttosto considerata come una particolare specie di successione da coordinarsi colla *b. p. secundum tabulas* e colla *b. p. intestati* [70]); l'efficacia sua è determinata però dai principii della successione intestata e poichè si riconosce chiaramente che l'erede necessario istituito possa far valere il diritto di successione testamentaria, mentre se il preterito fosse *filius suus* dovrebbe aprirsi la successione intestata [71]), ne deriva, senza che ciò possa essere considerato conseguenza della limitata efficacia della *res iudicata*, lo stesso risultato naturale che se il testatore avesse potuto disporre d'una parte di sostanza, e lasciare l'altra alla successione intestata.

Ciò non fa meraviglia, del resto, in un istituto dove si scorge un tale miscuglio di diritti come nella *bon. possessio contra tabulas* la quale può esistere accanto alla pura successione intestata e può anche aver l'effetto di una *bonorum possessio secundum tabulas*, come viceversa questa può aver l'effetto della *contra tabulas* [72]).

---

[69]) L. 14 pr. D. *de bon. poss. contra* tab. 37, 4: L. 16 D. *de leg. praest.*, 37, 5. Vedi pag. 638 seg. del volume precedente.

[70]) Pag. 647 seg. del volume precedente.

[71]) L. 16 D. *de legat. praest.* « is quidem, qui in potestate mansit, *quum rem ab intestato habeat* ».

[72]) L. 20 pr. Dig. *de bon. poss. contra tab.*, 37, 4, L. 3 § 13 *eod.*, L. 14 pr. Dig. *de leg. praest.* 37, 5; vedi pag. 639 del volume precedente. Il Foerster, *de bonorum possessione liberorum praeteritorum*. parte II, § 145, ritiene, per conciliare la contraddizione, che non possano coesistere una *bonorum possessio contra tabulas* e una *secundum tabulas*, ma che il possessore *contra tabulas* riceva l'intero e debba prestare all'erede istituito la sua quota come fedecommesso. Più notevole è la spiegazione del Huschke, pag. 333-336, che i due eredi, il testamentario e il pretorio, debbano considerarsi eredi *ex asse*. ma ciascuno debba in conseguenza del processo che l'uno intenta all'altro contentarsi di una parte. in guisa che non si abbia qui alcuna eccezione alla regola *nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest*. Ma che dovrà dirsi allora quando l'erede necessario istituito e quello preterito non litighino, e prendano le dispo-

2) Anche la *querela inoff. test.* non è sempre perfettamente efficace; essa ha sovente per risultato che la successione intestata venga aperta solo in parte. MASSIMIANO dice d'un tale risultato: *nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri* [73]). Niuno deve per regola chiedere colla querela più che la sua porzione d'eredità *ab intestato*, dimodochè quando vi siano parecchi eredi *ab intestato*, la querela è a riguardo di ciascun d'essi per se stessa soltanto parziale [74]). Se però uno d'essi agisce pel tutto e riesce nella sua domanda senza che gli si contrapponga la *plus petitio*, si apre la successione intestata pel tutto e la sua vittoria giova anche agli altri aventi uguali diritti [75]); la parte di coloro che hanno rinunciato all'eredità o che ne sono esclusi per prescrizione si accresce al querelante [76]). Dato invece che il querelante non ottenga questa piena vittoria, egli riceve solo la sua porzione d'eredità *ab intestato* e il rimanente va agli eredi testamentarî. Questa natura parziaria della querela risalta specialmente in questi casi: *a*) quando un erede necessario è escluso legittimamente e un altro ha diritto alla querela. In tal caso il testamento è valevole soltanto in parte, *partem facit exheredatus*, come dice ULPIANO [77]), cioè la parte di lui è giustamente attribuita all'erede testamentario e la querela

---

sizioni di legge così come sono scritte, cioè l'uno riceva la sua quota di eredità intestata, l'altro il resto sulla base dell'istituzione d'erede, dividendosi così l'eredità, posto che qui il risultato non può giustificarsi nè dal punto di vista della *res iudicata* nè da quello di una transazione?

[73]) L. 15 in f. Dig. *de inoff. test.*, 5, 2.

[74]) L. 8, § 8, L. 16 pr. L. 19 D. *de inoff. test.*, 5, 2; vedi pag. 267 del II volume di questo libro.

[75]) Arg. L. 17 pr. *de inoff. test.*, 5, 2, dove è posto il principio che se uno dei più aventi diritto agisca per il tutto e vinca, anche l'erede intestato, che non intentò l'azione, venga all'eredità e così il vincitore non possa ottenere l'intero, salvo che l'altro abbia rinunciato al suo diritto. La trattazione del giureconsulto però si riferisce appunto a questa ipotesi e da ciò deriva qualche oscurità nell'esposizione. Del resto anche la vittoria di un non avente diritto tornerebbe di vantaggio all'erede necessario. L. 6 § 1 Dig. *de inoff. testam.*, 5, 2; vedi pag. 284 del volume precedente.

[76]) L. 17 pr. L. 23 § 2 D. *de inoff. test.*, 5, 2.

[77]) L. 8, § 8, D. *de inoff. test.*

può solo esser diretta all'altra metà [78]). *b*) Quando alcuni eredi necessari sono istituiti, soli o con terzi, e altri siano stati esclusi senza motivo.

In questo caso l'erede necessario istituito eredita in base al testamento e la successione intestata ha luogo solo in parte, come è detto espressamente nelle fonti [79]). Oltre a ciò anche nel caso in cui vi sia un solo querelante può aver luogo annullamento parziale del testamento pel fatto che i diversi eredi testamentarî istituiti nel testamento siano chiamati in giudizio dinnanzi a diversi giudici e le sentenze di questi siano diverse; lo stesso avviene se l'azione fu intentata contro uno solo [80]).

Già dagli antichi scrittori fu affermato che la nostra regola presa nel suo senso vero e proprio non ammette eccezioni; *ab initio* e a *testatore ipso* non può avvenire che concorrano per la medesima eredità la delazione legittima e la testamentaria, solo può accadere che dopo la morte si avverino circostanze tali da portare ad un simile concorso [81]).

Il Seuffert dice ancor più chiaramente: La regola non può essere intesa che riferendola al solo testatore, cioè al rapporto fra la successione e la sua disposizione. Essa significa: Chi fa un testamento deve per mezzo d'esso esaurire tutta la sua successione e finchè questo si conserva deve la successione poter essere deferita solo per mezzo di esso. Quella regola non esclude dunque ogni e qualunque concorrenza fra successione intestata e successione testamentaria solo esclude che questa concorrenza possa

---

[78]) L. 8, § 8, D. *de inoff. test.* « et si dicam inofficiosum, non totam hereditatem debeo, sed dimidiam petere ». Vedi su questo testo quanto è detto poco oltre nella nostra esposizione alla nota 84-86.

[79]) L. 19 D. *de inoff. test.*, 5, 2.

[80]) L. 15, § 2, L. 25, § 1 Dig. *de inoff. test.*, 5, 2, L. 13, Cod. *eod.* 3, 28. È superfluo osservare che il medesimo risultato si ha quando una petizione d'eredità sia intentata o riesca soltanto contro uno fra più eredi testamentari; vedi Huschke, pag. 359.

[81]) Così dal Gotofredo, *Comm. ad L. 7 Dig. de reg. iuris*, Opuscula pag. 758 seg.

essere creata dal testatore [82]). — Non si può negare che in tal modo si può dire che la regola è esente affatto da eccezioni non solo secondo la sua significazione letterale, dato che essa parla solo di un *decedere pro parte testatus*, ecc., ma anche secondo la sua stessa ragion d'essere. Infatti la persona non deve poter trasferire sè stessa, cioè il proprio lato patrimoniale, in modo frazionario; nè ciò avviene, del resto, quando, per motivi indipendenti affatto dalla volontà del testatore, ha luogo una divisione dell'*hereditas* (che è di per se stessa divisibile) secondo diversi modi di delazione. Se questo risultato viene determinato da una pronuncia giudiziaria, e questo è il caso nelle applicazioni espresse nelle fonti che si riferiscono alla *querela inoff. test.*, allora esso è propriamente un effetto dell'efficacia limitata della *res iudicata*. Il querelante dovrà sempre sostenere la piena nullità del testamento e non solo della disposizione che lo concerne, perchè se la sua asserzione si riferisse in modo parziale al testamento, si verrebbe alla conclusione che il testatore fosse morto *pro parte testatus* e questo non s'accorderebbe colla regola. In ugual modo anche il giudice non può, senza trovarsi in aperta contradizione coi noti principî fondamentali del diritto, dichiararsi altrimenti che per la totale validità o per la totale nullità del testamento. Ma poichè il querelante non può pretendere se non la restituzione della parte che come erede *ab intestato* gli spetta, e il convenuto deve soltanto restituire la parte sulla quale egli non ha alcun diritto, ne consegue materialmente il medesimo risultato come se il testatore avesse potuto validamente disporre di una parte della sua sostanza, e lasciare l'altra alla successione intestata. Il Huschke però trasmoda alquanto, ammettendo che la rappresentazione di questo fatto, del deferirsi dell'eredità in parte secondo la legge, fosse rimasta estranea ai giureconsulti romani ed ancor più che « quando il querelante è erede *ab intestato* solo d'una parte, di regola venga sempre aperta per intero la succes-

---

[82]) Seuffert, *loc. cit.*, pag. 218 seg.

sione intestata, dimodochè la sua vittoria giovi anche ai suoi coeredi nella successione intestata; o che la parte ad essi spettante cada a lui nel caso che questi siano, per un qualsivoglia motivo, esclusi.

Solo, quando *a*) uno fra gli eredi necessari esclusi vinca l'erede testamentario, e un altro soccomba, le due *res iudicatae* ammettono due opposte conclusioni, e in tal caso, per l'una è fondata intieramente la successione intestata, per l'altra la testamentaria, ma ciascuna poi è efficace solo per una parte dell'eredità. Lo stesso risultato si ha *b*) quando il querelante riporti la vittoria solo sopra uno fra i diversi eredi testamentari; imperocchè siccome la sentenza annullatrice non può operare mai oltre i limiti dei diritti della parte vinta, il testamento viene annullato solo nella parte d'eredità di questa. *c*) Infine vi ha un caso in cui il querelante deve riconoscere e ammettere il diritto parziale del convenuto in base al testamento, e cioè quando l'erede istituito e il querelante siano parimente eredi necessarii: nè in ciò si ha contradizione alcuna alla nostra regola, perocchè la sentenza non riconosce già che il testatore abbia testato validamente per una parte, e per l'altra no, bensì il rapporto è quello stesso che si avrebbe se un erede necessario citasse in giudizio solo uno fra i diversi eredi testamentarii. Per il querelante vale assolutamente la successione intestata come per il convenuto la testamentaria; ciascuno d'essi ha quindi la *familia* in *solidum*, ma per ciò che riguarda l'*hereditas* che è divisibile, ciascuno ha solo la parte che gli spetta [83]).

In primo luogo però non può ammettersi che, all'infuori dei casi citati, abbia sempre luogo materialmente la piena successione intestata quando il querelante concorra cogli eredi *ab intestato* aventi con lui uguali diritti, vale a dire con quelli che, supponendo che non vi fosse alcun testamento, succederebbero insieme con lui *ab intestato*.

Il HUSCHKE sostiene ciò pel caso che un erede necessario sia validamente escluso od anche sia stato tacitato col lascito della

---

[83]) HUSCHKE, *loc. cit.*, pag. 340-345.

legittima; allora la parte di questo non passa agli eredi testamentarii, bensì la vittoria che giovava all'escluso [84]).

Certo, le parole della L. 8 § 8 D. *de inoff. test.* 5, 2 « videndum an exheredatus partem faciat? » (alla qual domanda si risponde di sì) possono interpretarsi come riferentisi al diritto dell'erede escluso o tacitato, di ottenere la sua quota intestata, perocchè esse significano qui, come altrove, semplicemente: diminuisce egli la parte d'eredità intestata del querelante? [85]). Merita tuttavia la preferenza l'interpretazione data sopra in altro luogo del *Commentario* [86]). Il quesito che ULPIANO si propone è il seguente: quanto occorre per soddisfare ed escludere dalla querela un erede necessario o qual parte può il non escluso pretendere colla querela? Ed ecco la risposta: La querela è esclusa coll'attribuzione della legittima, i non tacitati così o non legittimamente diseredati hanno diritto di pretendere la quota intestata.

Al risultato qui difeso si giunge anche per ragioni meramente logiche, imperocchè se uno è escluso dal suo diritto, e l'altro può solo pretendere la parte d'eredità *ab intestato*, ne viene per naturale conseguenza che, dopo la deduzione dei legati ancora rimanenti, la parte d'eredità *ab intestato* del tacitato torni a profitto dell'erede testamentario.

L'applicazione del principio *res iudicata non facit ius, nisi inter partes* porta allo stesso risultato. Chè, sebbene per regola il querelante debba partire dal concetto che il testamento non valga affatto e il giudice non potrebbe pronunciare in favor suo senza partire dallo stesso concetto, tuttavia oggetto della lite è solo la parte dal querelante *in judicium deducta* e la sentenza non può

---

[84]) *Loc. cit.*, pag. 344-47.

[85]) Vedi L. 17 pr. D. *de inoff. test.* 5, 2. Adunque in tutti i casi nei quali il rimedio giuridico contro gli eredi testamentarii opera completamente, anche se agisce un solo erede necessario, come appunto nella *bonorum possessio contra tabulas*, l'espressione *non facit partem* (*exheredatus*) significa: l'attore riceve tutto: Vedi L. 10 § 4 Dig. *de bon. poss. contra tab.* 37, 4 — Vedi pag. 267 del vol. II di questo libro, nota 12.

[86]) Vedi pag. 270 del volume II di questo libro ed i rinvii ivi alla nota 26.

estendersi oltre questo limite [87]). Vi sono bensì casi in cui la querela d'uno fra più eredi *ab intestato* annulla completamente il testamento, e la vittoria d'esso giova anche agli altri (V. sopra, nota 75). Ma dato si volesse da ciò trarre una regola e dire: che la *quer. inoff.* annulla sempre completamente il testamento, anche nel caso che il querelante pretenda solo la parte d'eredità *ab intestato* spettantegli, si potrebbe dal fatto che anche l'azione di un non avente diritto può avere la stessa efficacia [88]) dedurre la regola che ogni qual volta un non avente diritto agisca in proprio nome, la cosa viene dedotta in giudizio anche per il vero avente diritto, quando la decisione sia stata in favore dell'attore! Ma poichè ciò non s'accorda coi più noti principî di procedura, le suaccennate prescrizioni di legge devono considerarsi soltanto come eccezioni, come disposizioni singolari, le quali modificano, è vero, ma non distruggono la legge [89]). Ma gli an-

[87]) Vedi HUBERO, *Praelectiones ad Pandectas*, tit. *de inoff. test.* n. 9, *Eunomia Romana*, pag. 248 n. 3.

[88]) L. 6 § 1 D. *de inoff. test.* 5, 2.

[89]) In coerenza a questo principio PAPINIANO risolve espressamente anche il caso che di due eredi necessari uno solo agisca e riesca vittorioso per la sua parte, l'altro o non agisca affatto o non riesca vittorioso. Il giureconsulto tratta in modo identico i due casi, perchè decide che il secondo non concorra alla successione intestata. Non sarà inutile ricordare in questa occasione certe differenze fra i possibili mezzi d'impugnativa del testamento connesse col principio sopra esposto. Dove era possibile soltanto la *bonorum possessio contra tabulas*, quando cioè il preterito fosse un erede necessario pretorio, questo rimedio operava di regola completamente contro l'erede testamentario (vedi nota 72), ma poichè non si facea luogo per ciò alla vera e propria successione intestata, il *bon. possessor contra tabulas* riceveva tutto (confr. L. 10 § 4, 5, L. 12 pr. L. 20 pr. Dig. *de bon. poss. contra tab.* 37, 4), e ciò si tentava di giustificare con un diritto di accrescimento legale (L. 12 pr. Cod. *quando non pet. partes petentibus accr.* 6, 10). Diversamente andavano le cose quando per la preterizione di un *filius suus* il testamento si considerava *ipso iure* come inesistente, e si apriva la successione intestata per tutti gli eredi legittimi, o, per usare l'espressione dei moderni, il testamento poteva esser annullato colla così detta *querela nullitatis ex iure antiquo*: in tal caso concorreva anche il giustamente diseredato. (L. ult. Dig. *de lib. et post.* 28, 2, L. 1 § ult. Dig. *si tab. test. nullae ext.* 38, 6, confr. pag. 265 nota 11 del vol. II del presente libro). Da questi due casi si

tichi non hanno in generale concepito la cosa come il HUSCHKE, che cioè nei casi in cui il testamento resta in vigore in parte, da un lato abbia luogo la piena validità del testamento, dall'altro la piena attuazione della successione intestata; essi dicono piuttosto che per una parte ha luogo la successione testamentaria, per l'altra la successione intestata.

Essi si esprimono in tal modo anche dove il modo di vedere di HUSCHKE sembra applicabile, dove cioè han luogo due sentenze diverse di cui l'una pro e l'altra contro il testamento. Di un tal caso PAPINIANO dice: « credimus eum (qui queritur) *legitimum heredem pro parte factum*, et ideo *pars hereditatis in testamento remansit*, non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata (testatrix) efficitur », al che aggiunge: *nec absurdum videtur, pro parte intestatum videri* [90]); oltre a ciò, quando nella stessa decisione si ebbe una pronuncia favorevole, in parte alla successione intestata, in parte alla disposizione testamentaria, v'è contradizione nell'ammettere che il testamento venga per un lato pienamente riconosciuto e per l'altro pienamente annullato.

Il HUSCHKE stesso richiama la nostra attenzione su questa contradizione, ma l'ammette solo come apparente [91]). I giureconsulti romani dicono però assai francamente: « non in totum testamentum infirmatur, sed pro parte intestata (testatrix) efficitur » [92]).

allontana egualmente il caso del testamento da rescindersi come inofficioso. La rescissione dà luogo, è vero, all'apertura della successione intestata, ma in primo luogo ciò non avviene *ipso iure*, ma per effetto di una pronuncia del giudice, secondariamente la successione intestata si apre il più spesso soltanto per una parte. Se ora si domandi che cosa debba decidersi quando nella concorrenza di parecchi eredi intestati aventi gli stessi diritti il testatore abbia violato le disposizioni della Nov. 115, dando origine così alla *querela nullitatis ex iure novo*, tutto dipende, per gli effetti che qui ci interessano, da' sapere se si accetti il sistema della inofficiosità o quello della nullità. Se si accetta quest'ultimo, che è quello da noi già difeso nel vol. II di questo libro, non solo la vittoria dell'uno deve giovare a tutti, ma non è neppur necessaria una decisione giudiziaria perchè si faccia luogo alla successione intestata, perocchè ciò avviene già per disposizione della legge. Vedi pag. 795 del precedente volume.

[90]) L. 15 § 2 D. *de inoff. test.* 5, 2 e L. 25 § 1 *eod.*

[91]) *Loc. cit.* pag. 347-355.

[92]) L. 19 D. *de inoff. test.* 5, 2.

§ 1441.

Effetti della regola *nemo pro parte testatus*, ecc., e suo valore odierno.

Sulla regola *nemo pro parte testatus*, ecc., e sul suo fondamento riposa il *jus accrescendi* dei chiamati all'eredità per lo stesso modo di delazione (§ 1498); ne segue anche che l'erede unico, istituito solo in una parte o in una cosa, riceva il tutto [93]).

Da ciò differisce il caso in cui il testatore formalmente dichiari che il suo erede non debba in nessun modo ricevere più della parte lasciatagli, senza fare, riguardo al rimanente, disposizione alcuna. In tal caso non è possibile alcun dubbio sulla volontà del testatore; dubbio che sussiste sempre allorquando l'erede sia istituito in una parte sola dell'eredità, senza una tale dichiarazione del testatore. Dai principî generali, i quali vogliono innanzi tutto sia rispettata la volontà chiaramente espressa del disponente [94]), si potrà argomentare innegabilmente, che il testatore ha inteso di escludere l'erede da quella parte di sua sostanza della quale egli non ha disposto. Ma poichè questo risultato secondo la regola *nemo pro parte testatus*, ecc., è impossibile, la disposizione sua non può aver efficacia e subentra di conseguenza la successione intestata. Nè in contrario si potrebbe invocare il principio che quando un erede viene nel testamento istituito erede e nel medesimo tempo diseredato, la diseredazione non è valida, e l'istituzione sussiste [95]), perchè qui interviene la regola tutta speciale che le diseredazioni non sono favorite [96]), in conseguenza della quale si stabilì il

---

[93]) § 5 I. *h. t.* L. 1 § 4 D. *eod.* « Si ex fundo fuisset aliquis solus institutus, valet institutio *detracta fundi mentione* »; L. 41 in f. D. *de vulg. et pup. subst.* XXVIII, 6. « qui certae rei heres instituitur, *coherede non dato*, bonorum omnium hereditatem obtinet ».

[94]) L. 25 § 1. L. 69 D. *de legat.* III.

[95]) L. 21 D. *de liber. et postum.* L. 27 § 2 D. *de test. milit.* (XXIX, 1).

[96]) Exheredationes non sunt adiuvandae, L. 19 in f. D. *de lib. et post.* 28, 2.

principio: *sola exheredatione hereditas* (*eodem testamento data*) *adimi non potest* [97]). Anche l'analogia del principio secondo il quale « le condizioni impossibili si considerano come non scritte » (al che si fece già qualche accenno) sarebbe improponibile perchè una volontà di per sè giusta e realizzabile del modo com'è formulata, la quale però non si possa realizzare per ragioni di sola conseguenza giuridica, non può paragonarsi ad una condizione impossibile, ma piuttosto alla mancanza di un requisito formale, l'inosservanza del quale porti all'invalidità della disposizione. Si può citare piuttosto un passo di LICINIO RUFINO, [98]) che nel M. S. fiorentino così suona:

« Si ita quis heres institutus fuerit: *excepto fundo, excepto usufructu heres esto;* perinde erit jure civili, atque si *sine ea re* heres institutus esset [99]) idque auctoritate Galli Aquilii factum est ».

Alcuni vogliono leggere invece di *excepto*, *ex certo fundo*, *ex certo usufructa* [100]), lezione che si concilierebbe con *atque si sine ea re* meglio assai che la comune lezione. Ma anche con questa lezione il testo non ha un senso diverso da quello indicato già sopra alla nota 93). Che l'erede sia stato istituito in parti o cose determinate, o che gli sia stato lasciato il tutto con esclusione di certe parti o diritti è, a dir vero, quasi la stessa cosa. Applicando le comuni regole d'interpretazione, si verrebbe in ambedue i casi a questo risultato: il testatore intende lasciare all'erede solo la parte ch'egli gli ha lasciata, o ch'egli non ha escluso; nel rimanente subentri la successione intestata. Ma nel secondo caso, questo risultato si ha solo per deduzione logica, perchè è anche possibile la spiegazione, che il testatore abbia anche voluto far subentrare nella parte eccettuata un successore singolare. Infine poichè non si può dire, che con una tale disposizione testamen-

---

97) Vedi pag. 579 del vol. precedente

98) L. 74 D. *h. t.*

99) Cioè, come se la disposizione limitativa non esistesse, o, se si legge *ex certo fundo*, come se non fosse nominata la cosa determinata. POTHIER, *Pand. Iust. h. t. de her. inst.*, n. 36, ad h. l. nota 1.

100) Così in ispecie il DONELLO, *Comm. iuris civilis*, lib. VI, c. 18 § 18.

taria, l'erede venga escluso da una parte dell'eredità, nè che la rinuncia ad essa abbia per conseguenza la nullità della disposizione [1]), si applica la regola che, nel dubbio, deve sempre decidersi per la validità ed efficacia di un negozio giuridico, in particolare per le disposizioni di ultima volontà; dal che segue che l'erede riceve tutto [2]). Ma che lo stesso risultato si abbia anche contro la chiara volontà del testatore, e che la limitazione scritta debba sempre considerarsi come non scritta, è cosa che non deriva nè dalle ragioni che si portano per ciò, nè dai principii generali sull'interpretazione, come tanto spesso si è affermato [3]).

Dalle cose fin qui premesse appar chiaro che se l'erede fu istituito nel solo usufrutto senza che dal testamento appaia a chi

---

[1]) Qui si applica in ogni caso la regola *utile per inutile non vitiatur*, vedi pag. 268 di questo volume.

[2]) Non era certamente indiscutibile se dovesse decidersi in questo senso o piuttosto nel senso dell'invalidità di tutta la disposizione testamentaria, onde era necessaria un'autorità dottrinale per fissare tale decisione: difficilmente però si può credere che il caso deciso nella L. 74 D. h. t. sia apparso dubbio agli antichi, come se l'erede fosse istituito in una parte o in una cosa. — Un'opinione particolare è quella del LANGEBECK *In leges aliquot perdifficiles adnotationes*, c. 5 nel *Thesaurus* di OTTONE, T. I, pag. 530. Egli crede che le cose eccettuate siano attribuite con tacito fedecommesso agli eredi intestati. — A quest'opinione aderisce anche il GLÜCK, nel vol. IX del Commentario (ediz. tedesca), pag. 183 seg. Ma ciò è impossibile in modo assoluto, salvo che vi sia almeno un preciso rinvio a quelli a cui favore il fedecommesso deve valere. Vedi il mio *Lehrbuch* (Trattato delle Pandette) § 730. Del resto, dopo il riconoscimento di quel principio s'intendeva da sè che un testamento nel quale fosse istituito un *heres ex re certa* revocava il precedente. Se tuttavia il testatore avesse dichiarato di voler considerare ancora valido quel primo, secondo un rescritto degli imperatori Settimio Severo e Antonino Caracalla l'erede istituito *in re certa*, doveva restituire il resto all'erede precedente a titolo di fedecommesso. L. 29 Dig. *Ad S. C. Treb.*, 36, 1. Vedi MAIANSIO *ad triginta iurisconsultorum fragmenta*, II, pag. 106 seg. e pag. 307 del presente volume.

[3]) Vedi MAIANSIO, *ad triginta iurisconsultorum fragmenta*, II, pag. 105 seg., il quale considera inammissibile ogni dichiarazione limitativa di questa specie e la tratta quindi come un *modus* non obbligatorio, non ostante il quale l'istituzione d'erede rimane pienamente valida. HUSCHKE, *loc. cit.* pag. 30 e seg.

spetti la sostanza del patrimonio, questa va completamente all'erede [4]).

Sono però da considerare particolarmente i seguenti casi:

1° Quando di più eredi uno o alcuni siano limitati a ricevere una data parte o cosa. — Questo caso suscitò fra i giuristi romani una disputa risolta da GIUSTINIANO in questo modo [5]):

« Quoties certi quidem ex certa re scripti sunt heredes, vel certis rebus pro sua institutione contenti esse jussi sunt, *quos legatariorum loco haberi certum est;* alii vero ex certa parte vel sine parte, qui pro veterum legum tenore ad certam unciarum institutione referuntur, eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus uti, vel conveniri decernimus qui ex certa parte vel sine parte scripti fuerint, nec aliquam deminutionem earundem actionum occasione heredum ex certa re scriptorum fieri ».

Secondo alcuni, GIUSTINIANO avrebbe deciso qui che gli eredi istituiti insieme ad altri in una sola cosa o quantità, devono essere considerati sotto ogni riguardo come legatari [6]), mentre gli altri istituiti senza parte o in quota devono riguardarsi come i veri e soli eredi. E da questi ultimi, dalla loro accettazione, dipenderà il diritto dei primi, come del resto di tutti i legatari, i quali non avranno poi diritto alcuno alle azioni ereditarie, nè al *jus accrescendi*, diritti spettanti ai soli eredi. Tale decisione si basa specialmente sulle parole: *quos legatariorum loco haberi certum est.* È certo però, innanzi tutto, che GIUSTINIANO non ha inteso di dir ciò colla sua decisione, perchè altrimenti non avrebbe potuto in primo luogo dire che *certum est*: poi il nesso del periodo prova abbastanza chiaramente che quelle parole appartengono alla premessa e che la vera decisione comincia soltanto colle parole: *eos tantummodo decernimus*, e per quanto poco precisa sia tale decisione, le espressioni *eos tantummodo omnibus hereditariis actionibus*

---

[4]) Vedi infra n. 3, pag. 751.

[5]) L. 13 Cod. h. t., 6, 24.

[6]) GLOSSA ACCURSII *ex certis* ad L. 29 Dig. *Ad S. C. Treb.* 36, 1 *et ad L. 13 Cod. h. t.* FABRO, *Errores pragmaticorum*, dec. XIII err. 5; BRUNNEMANN, *Comm. ad L. 13 Cod. h. t.*

uti — — e *earundem actionum occasione* alludono manifestamente a ciò, che agli istituiti in *re certa* non deve essere tolta in tutto e per tutto la qualità di eredi. Fu già opinione generale che gli istituiti dovessero essere considerati come legatarî solo in certi riguardi e sotto altri come eredi. Ma non v'era poi accordo allorchè si trattava di rispondere al quesito, *in quali* casi l'istituito è solo legatario e non erede? Fino al BERGER e al LEYSER [7]) si ammise comunemente che l'istituito fosse da considerare come legatario solo in riguardo al determinato oggetto stesso, altrimenti, come erede [8]).

Il LEYSER dice invece: *esso è legatario solo in rapporto agli altri eredi* (non ha per esempio nessun *jus accrescendi* fino a che uno di questi eredi esiste); sotto tutti gli altri rapporti egli è un vero erede [9]), specialmente riguardo al diritto ch'egli ha di pretendere coll'*hereditatis petitio* dai terzi la parte o cosa a lui lasciata. Ambedue queste opinioni concordano dunque in ciò, che l'istituito in *re certa* non è un semplice legatario. Tale avviso si basa, oltre che sulle ragioni suaccennate, ancora sui seguenti argomenti: 1) Si riconosce come regola che l'istituito solo in una parte determinata della sostanza è tuttavia vero erede, solo il fatto che accanto a lui vi siano altri istituiti nel modo ordinario è sufficiente motivo per non uguagliare in tutto la sua condizione giuridica a quella degli eredi; con tutto ciò non vi sarebbe ragione che l'e-

---

[7]) Il LEYSER aveva difeso la sua dissertazione *de herede in re certa instituto*, ad L. 13 D. *de her. inst*, 28, 5, sotto la presidenza del BERGER, Vitenberga 1709, nei *Philocaliis fori* del quale, si trova anche stampata a pag. 49 seg., ma è riprodotta poi con alcune modificazioni ed aggiunte nella prima delle *Meditationes ad Pandectas* spec. 361.

[8]) Quest'opinione è difesa da BARTOLO BALDO e SICARDO, *Praelectines in Codicem*, ad h. l. e seguìta da molti altri. Aderiscono alla prima opinione il DONELLO, che l'accetta senza modificazione nei suoi *Commentarii iuris civilis*, lib. VI c. 18 § 20 seg., mentre nel Comm. alla L. 13 Cod. h. t., n. 8, 9 ammette invece che egli sia erede quando manchino tutti gli istituiti accanto a lui, ma in tal caso egli non riceva le parti di loro *iure accrescendi*, bensì come se fosse sin da principio istituito erede *ex re certa*; il BACHOVIO ad § 5, I. h. t., n. 11.

[9]) LEYSER, *Med. ad Pandectas*, sp. 361, m. 9 in f. e seg.

rede cessasse di essere tale. In secondo luogo è riconosciuto che per gli eredi necessari l'esser nominati eredi vale vera istituzione anche se sian state loro assegnate determinate cose e non una quota d'eredità: mentre non basta ch'essi ricevano [10]) per donazione o per fedecommesso la legittima, se non vi è istituzione. Chi crederà però che questo sia un diritto particolare degli eredi necessarii, mentre la loro esclusione dalla successione intestata non è mai favorita? Finalmente è da aggiungere ancora quanto dice un rescritto del codice Gregoriano dovuto all'imperatore Gordiano (dell'anno 243):

« Ex re certa heredem institutum sic haberi, ac si sine ejus rei commemoratione heres institutus fuisset; sane officio judicis familiae herciscundae convenire, ut non plus emolumenti consequatur, quam alioqui esset habiturus, ac si ex re certa heres institui potuisset, in dubium non venit »[11]).

Dalla menzione del giudice della divisione risulta chiaramente che l'*heres ex re certa institutus* era stato istituito insieme ad altri, però l'imperatore gli conferisce la qualità d'erede e lo fa prendere parte al *judicium fam. erc.* Se Giustiniano avesse voluto variare ciò, si sarebbe espresso in termini diversi, non avrebbe potuto dire per es. *certum est eos legatariorum loco haberi.* In ciò possiamo scorgere una conferma irrefutabile della opinione comune.

Nella teoria del Leyser v'ha una certa contradizione fra la ammissione dell'istituito al *iudicium fam. ercisc.* e il suo solo titolo di legatario in rapporto agli altri eredi. L'Hennemann [12])

---

[10]) Nov. 113 e 5 pr. e c. 3. pr.

[11]) L. 1 Greg. Cod. *de fam. erc. et com. div.*, in Schulting, *Iurisprudentia anteiust.* L. III, tit. 5. nel *Corpus iuris Bonnense*, Tit. 6. Si riferiscono a ciò anche le seguenti parole di Ulpiano, in L. 39 pr. Dig. h. t. « Ita, ut officio judicis fam. erciscundae cognoscentis contineatur, nihil amplius eum, qui ex re institutus est, quam rem, ex que heres scriptus est, consequi ».

[12]) *Untersuchung zweier verwandten Rechtsfragen* (Ricerca su due questioni affini: Se un erede istituito in cosa certa accanto ad altro istituito senza limite sia da considerare un legatario). Schwerin 1790, pagina 8 seg.

trae profitto da questo argomento per fondare la sua teoria: l'*heres in re certa* è sotto ogni riguardo un vero erede; solo però la sua eredità consiste in cose certe. Le parole *quos legatariorum loco haberi certum est* si riferiscono, secondo l'HENNEMANN, alla frase immediatamente precedente: *vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt.* GIUSTINIANO invece avrebbe pensato solo agli eredi necessari ai quali, per la Nov. 115, la legittima può essere lasciata anche solo per legato, senza che sia necessaria la loro istituzione di eredi; di essi era certo che fossero stati presi in considerazione come legatari: e l'imperatore poteva dire, parlando di essi, *quos certum est*, ecc. Il dubbio era solo se potesse un istituito in *re certa* intentare le azioni di eredità in concorso coi suoi eredi od essere insieme con loro convenuto, e se, pertanto, quando l'istituito senza limiti agisse, potesse essergli opposta l'eccezione dei più consorti di lite, e viceversa convenuto come erede potesse egli opporre tale eccezione. Ciò avrebbe potuto dubitarsi anche a riguardo degli eredi necessarii i quali avessero ricevuto per legato la legittima invece d'essere stati istituiti, come di diritto, eredi; imperocchè tale lascito è sempre da considerarsi come un surrogato dell'istituzione ereditaria. L'imperatore avrebbe dunque deciso che solo i coeredi istituiti senza limiti possono agire e solo essi debbono essere convenuti proprio come nel caso in cui il giudice nel *jud. fam. ercisc.* assegna ad un erede dati crediti e dati debiti [13]).

Non si può negare che il HENNEMANN esponga in modo preciso il contenuto e l'oggetto della decisione di GIUSTINIANO; ciò non toglie che contro questa interpretazione si possano elevare dubbii molto serii. In primo luogo è proprio artificioso il riferire le

---

[13]) HENNEMANN, *loc. cit.*, pag. 16-29. Non è esatto che il giudice della divisione o un accordo dei coeredi possano produrre l'effetto stabilito qui da GIUSTINIANO per l'*heres ex re certa*. L'HENNEMANN invoca la L. 3 Dig. *fam. erc.*, 10, 2, ma dimentica che in fine del testo è chiaramente notato che una tale divisione non toglie ai creditori ereditarii la facoltà di convenire ciascuno dei coeredi in proporzione della sua quota.

parole « *vel certis rebus pro sua institutione contenti esse iussi sunt* » al diritto degli eredi necessarii; ma è anche del tutto inesatto il supposto che per escludere tutti gli eredi necessarii bastasse l'attribuzione della legittima mediante semplice legato. Invece i figli dovevano, già pel diritto delle Pandette, essere formalmente istituiti o diseredati: se ciò fosse avvenuto, bastava poi lasciare loro la legittima anche per legato. La Nov. 115 non ha fatto alcun mutamento sostanziale, soltanto ha disposto che i discendenti e gli ascendenti debbano essere esclusi o istituiti formalmente e che la semplice attribuzione della legittima per legato non sia più possibile per nessuno di questi eredi necessarii, la sia invece l'istituzione *in re certa* [14]).

Non resta dunque che intendere le parole introduttive della costituzione nel senso che gli eredi, i quali siano istituiti in una cosa certa o riguardo ai quali il testatore abbia ordinato che debbano contentarsi di determinate cose invece della loro quota, siano da considerare legatarii. Qui non c'interessa sapere se la cosa stesse veramente così come l'imperatore ammette o se invece così soltanto apparisse a lui; certo è però che egli non voleva dire che i legittimarii fossero in tal caso da considerare legatarii sotto ogni riguardo e che la circostanza che a loro fosse data la designazione di eredi fosse priva di ogni valore. Anche il prelegatario è erede e legatario al tempo stesso, legatario cioè per quella parte dell'oggetto che riceve dai suoi coeredi [15]), parte che nel caso nostro è tutto. Ma ciò non costituisce una differenza essenziale, perchè la qualità di erede è indipendente dal quanto e dal se qualche cosa del patrimonio ereditario gli spetti effettivamente [16]). Analogamente dunque al prelegatario l'*heres ex re*

---

[14]) Vedi sopra § 1421 *d.* di questo *Commentario*, n. 1, e pag. 552 seg. 741 seg. del volume precedente.

[15]) L. 75 § 1 D. *de legatis*, II, 31. Vedi anche il mio *Lehrbuch des Pandectenrechts* (Trattato delle Pandette) 2ª ediz., § 735.

[16]) L. 50 pr. D. *de her. pet.* 5, 3; L. 208 D. *de verb. sign.*, 50, 16; L. 24 eod. e L. 62 D. *de reg. iuris*, 50, 17.

certa è erede e legatario nello stesso tempo, e sebbene egli ottenga la cosa destinatagli come successore a titolo singolare egli prende tuttavia parte al *iud. familiae erciscundae* come erede, proprio come il prelegatario può far valere il suo diritto al legato mediante l'*actio fam. erciscundae* [17]).

Fissato questo punto ne derivano le seguenti conseguenze. Non occorre, perchè un tale erede possa trasmettere il suo diritto ai proprii eredi, che egli abbia adito l'eredità [18]) e più generalmente non è necessario per l'acquisto di questo diritto se non ciò che si richiede per l'acquisto di un legato [19]); nè egli poi è tenuto pei debiti del testatore [20]). Al contrario egli deve subire la detrazione della quarta Falcidia [21]), e a lui giova il *ius accrescendi*

---

[17]) L. 16, § 2 D. *de legatis*, I, 30.

[18]) Arg. L. 75, § 1 D. *de legatis*, II, 31.

[19]) LEYSER, *Meditationes ad Pandectas*, sp. 361 m. 24, dove è espressa però la falsa opinione che già alla morte del testatore abbia luogo l'acquisto del diritto, mentre questo ha luogo solo dal tempo dell'acquisto dell'eredità. Vedi le mie *Pandette*, § 743, nota 1, 2.a edizione. Il LEYSER disconosce anche la vera natura del rapporto giuridico in questione coll'ammettere che l'*heres ex re certa* debba richiedere ciò che gli spetta con l'*actio personalis ex testamento* (loc. cit. med. 23), mentre invece a lui spetta contro i coeredi l'*actio familiae erciscundae*. Ma non si può dubitare, per ciò che abbiam detto sopra, che a lui spetti la *reivindicatio* contro i terzi e l'ipoteca legale del legatario contro i suoi coeredi.

[20]) Arg. L. 1 D. *si certum pet.*, 4, 2, DONELLO, *Comm. ad L. 13 Cod. h. t.*, n. 3. Diverso è il caso quando tutti i suoi coeredi manchino ed egli rimanga solo erede.

[21]) Vedi LEYSER, *Med.* 22. L'opposto afferma il HENNEMANN, *loc. cit.*, pag. 32, n. 4, nè potrebbe essere diversamente, data la sua premessa che l'*heres ex re certa* sia vero erede anche riguardo a questa cosa: però anche altri, che lo ritengono in questo riguardo per un legatario, sono della stessa opinione. Così il GLÜCK nella Parte prima di questo libro (vol. XXXIV, pag. 361 dell'ediz. tedesca) con riferimento a una dissertazione di Giulio VOLKMANN, *de heredibus e re certa scriptis*, Lipsiae, 1827, § 12, che io non son riuscito a procurarmi, e lo SCHWEPPE, o meglio al suo editore MEJER nella 4.a edizione del *Roem. Privatrecht* (Diritto privato romano), vol. V, § 810, nota 7. Tuttavia se si parta dal concetto che il diritto dell'erede sulle cose assegnategli non sia che il diritto di un legatario, la logica vuole che si sottoponga alla deduzione della quarta Falcidia.

quando manchino tutti gli eredi istituiti senza limitazione [22]), pur essendo però escluso nel concorso con questi da tutti i veri diritti ereditarii, tranne la partecipazione al *iudicium familiae erciscundae* [23]).

2.° Se tutti gli eredi siano istituiti in cose o quantità determinate ciascuno riceve ciò che gli è stato destinato come prelegato, per ogni altro riguardo si dividono l'eredità in parti uguali, perchè le cose certe non possono essere considerate quote di eredità [24]). Questo vale anche pel caso che il testatore abbia istituito più eredi tutti in una cosa, attribuendo a ciascuno diverse parti di

---

[22]) LEYSER, cit. *Spec.*, Med. 12, 13, 20; DONELLO, *ad h. l.* n. 9. Il HENNEMANN, loc. cit., pag. 31 seg., n. 3, ammette il *ius accrescendi* anche se manchi uno soltanto di più istituiti *sine re:* ma ciò è inammissibile, se non altro perchè una cosa determinata non è una quota di eredità, non è una quantità aritmetica e non può servire come misura del diritto di accrescimento. Vedi BRAUN, *Dissertazione* cit. *ad* THIBAUT, pag. 613.

[23]) Benchè noi concordiamo col LEYSER in molti dei punti sopra accennati, l'opinione di lui che l'erede *ex re certa* sia un legatario solo di fronte ai coeredi conduce a risultati che difficilmente potranno ritenersi esatti. Per esempio, l'affermazione che un tale erede possa richiedere la *res certa* dai terzi colla *hereditatis petitio* (med. 19), che possa detrar la Falcidia, quando sia gravato di legati (med. 17). Ma se egli riceve l'oggetto come legato, i legati impostigli sono legati imposti a un legatario dai quali non può detrarsi la Falcidia. L. 46 § 1 D. *ad legem Falc.*, 35, 2. La L. 10 Cod. *fam. erc.*, 3, 36, alla quale si richiama il LEYSER, parla del caso che a tutti gli eredi sia lasciata l'eredità in cose determinate.

[24]) L. 35 pr. § 1 D. h. t., L. 78 pr. eod. Il valore delle cose assegnate non ha dunque alcuna importanza. ULPIANO dice nella L. 35 pr. § 1 cit. che se l'eredità consta di due fondi di diverso valore, e di due eredi ciascuno sia istituito in uno dei fondi, ciascuno però deve concorrere al pagamento dei debiti in parti uguali: « pone duos esse heredes institutos, unum ex fundo Corneliano, alterum ex fundo Liviano, et fundorum alterum quidem facere dodrantem bonorum, alterum quadrantem; *erunt heredes ex aequis partibus, quasi sine partibus instituti*, verumtamen officio iudicis continebitur, ut unicuique eorum fundus qui relictus est, adjudicetur, vel attribuatur. Unde scio quaesitum, aeris alieni onus, pro qua parte agnosci debeat; et refert PAPINIANUS, cuius sententiam ipse quoque probavi, *pro hereditariis partibus eos agnoscere aes alienum debere, hoc est pro semisse; fundos etenim vice praeceptionis accipiendos* ».

essa, salva però la facoltà della prova che la designazione delle parti della cosa stia per indicare le quote ereditarie [25]).

« Si duo sint heredes instituti, unus ex parte tertia fundi Corneliani, alter ex besse ajusdem fundi, Celsus expeditissimam Sabini sententiam sequitur, *ut detracta fundi mentione quasi sine partibus heredes scripti hereditate potirentur, si modo voluntas patrisfamilias manifestissime non refragatur* » [26]).

Naturalmente lo stesso vale anche nel caso che a ciascuno degli eredi siano lasciate parti di diversi fondi; la cosa si regola qui nel modo stesso che se a ciascuno fosse lasciata la cosa per intero, essi ricevono cioè le parti come prelegato e concorrono in parti uguali nella restante eredità. — È questo il senso di un testo di Paolo [27]), che è evidentemente corrotto, ma che anche per altre ragioni ha presentato molte difficoltà agli interpreti. Esso suona nel manoscritto fiorentino:

« Si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, quasi non adjectis partibus heredes scripti essent, *nec enim facile sed diversitate pretium* portiones inveniuntur; ergo exepeditius est quod Sabinus scribit, perinde habendum, ac si nec fundum, nec partes nominasset ».

---

[25]) L. 9, § 13 D. *h. t.*

[26]) L'opinione di alcuni antichi interpreti, che colle ultime parole sia lasciata al testatore facoltà di dichiarare che gli eredi così istituiti non debbano avere più che le parti loro assegnate, e che pel resto quindi si faccia luogo alla successione intestata, non è soltanto contro ogni analogia giuridica, ma è più difficilmente conciliabile colle espressioni letterali della legge dell'altra opinione più esatta, secondo la quale il giureconsulto vuol dire soltanto: salvo che il testatore non abbia voluto che le parti del fondo valgano come indicazione delle quote ereditarie. Vedi Balduino, *de iure novo*, lib. I; *Jurisprudentia Romana et Attica*, I, pag. 1508; A. Fabro, *Errores pragmaticorum*, dec. XV, err. 7; Averani, *Interpretationes iuris*, lib. IV, c. 11 n. *a*; Antonio Fabro del resto nota che le parole finali del testo non potrebbero rimettere nell'arbitrio del testatore alcuna cosa che sia già decisa nella legge. Ma Ulpiano non si riferisce affatto alla legge, bensì all'opinione di Sabino, la quale si fonda appunto sulla probabile volontà del testatore; onde a questo non può esser negata la facoltà di dichiarare una volontà diversa.

[27]) L. 10 D. *h. t.*

Le parole stampate in corsivo sono, come ognuno vede a prima vista, errate, esse non hanno, così come sono, senso alcuno. L'ALOANDRO ed altri leggono *ex* in luogo di *sed;* e ciò è da approvarsi [28]). Ma anche la parola *pretium* deve esser corretta. I TORELLI sostituiscono *partium* per non allontanarsi troppo dal manoscrittto, essi dicono [29]). Questa correzione ha incontrato il favore della maggior parte degli editori, sebbene anche con essa sia difficile dare un senso alla frase [30]). Invece si ha un senso chiaro quando invece di *pretium* si legga *praediorum,* e questa correzione merita la preferenza perchè essa ancora più si avvicina al manoscritto, spiegandosi facilmente l'errore con una ben nota abbreviazione del genitivo plurale [31]). La frase sarebbe dunque: « nec enim facile ex diversitate praediorum portiones inveniuntur » e significherebbe che non è facile determinaie le quote ereditarie secondo la diversità dei fondi [32]). Le parole finali del testo « perinde habendum ac si nec fundum nec partes nominasset » significherebbero, alla lettera, che l'attribuzione dei fondi o delle parti di essa agli eredi non ha valore, ma ciò sarebbe in evidente contrasto con altri testi, e anche colla volontà del testatore; il *perinde habendum,* ecc. deve dunque riferirsi soltanto alle quote ereditarie, vale a dire che per la determinazione di queste la disposizione è da trattare come se non si fosse mai

---

[28]) Questa correzione è notata in margine anche nell'ediz. TORELLI.

[29]) Vedi nota 80 nell'edizione GEBAUER-SPANGENBERG ad h. l.

[30]) Ciò non è neppure se si emendi col FABRO, *Coniecturae,* XVII, c. 16 « sub diversitate partium » o con Nicola CATHARINUS, *Observationes et coniecturae,* lib. IV c. 46 (MEERMANN, *Thesaurus,* VI, pag. 788) « sed diversitate consortium (idest heredum) ».

[31]) Per questa correzione sta anche l'autorità di non pochi manoscritti. Vedi la nota 80 dell'ediz. GEBRAUER-SPANGENBERG. Un senso analogo dà la lezione *pretiorum,* per la quale pure non manca l'autorità di alcuni manoscritti. Vedi CONTIUS, *Notae* ad h. l.; CUIACIO, *Comm. ad h. l.,* il quale accetta questa lezione. Altre proposte vedi in SCHULTING-SMALLENBURG, *Notae ad Digesta,* T. V, pag. 49.

[32]) CUIACIO, *Comm. ad h. l.*

parlato di singoli fondi o di parti di essi [33]). Occorre appena osservare, del resto, che se di tre eredi uno sia istituito in un dato oggetto, gli altri due insieme in un altro, questi si considerano *coniuncti* anche nel riguardo dell'eredità, la quale viene per conseguenza a dividersi in due metà, l'una delle quali spetta al primo, l'altra agli altri due insieme [34]).

3.° Gia in altro luogo del *Commentario* è stato esaminato il caso della istituzione di erede in un usufrutto [35]). Qui basteranno alcune aggiunte alla trattazione ivi fatta. Di solito si ammette che l'istituito nell'usufrutto sia *heres ex re singulari* o *ex re certa* e questo è logico perchè l'usufrutto è sempre una parte determinata del patrimonio, che staccata da questo può spettare ad un terzo, senza che per ciò il proprietario cessi di essere il domino del patrimonio. Non deve tuttavia trascurarsi che appunto qui è dubbio quale sia stata l'intenzione del testatore e perciò può talvolta dalla forma e dal nesso della disposizione argomentarsi con molta probabilità che nell'istituzione dell'usufrutto non vi sia che una vera istituzione di erede coll'onere di non alienare o mutare la sostanza del patrimonio. A tal proposito è da notare:

a) Alcuno è istituito nell'usufrutto, solo, oppure insieme con altri istituiti nella sostanza del patrimonio. Nel primo caso egli riceve tutta l'eredità senza limiti, nel secondo qualora non appaia chiaramente una diversa volontà del testatore, egli acquista i diritti di un *heres ex re certa* istituito accanto ad altri eredi non limitati; se i suoi coeredi accettano egli domanda l'usufrutto come legato,

---

[33]) Già ACCURSIO propone questa spiegazione come indubitabile. GLOSSA, *nec fundum* ad h. l.

[34]) Un simile caso ci offre GIAVOLENO nella L. 11 D. *h. t.* Egli invoca l'autorità di PAOLO, ma non come se fosse una specialità l'ammettere che la congiunzione di coeredi possa essere espressa anche colla chiamata cumulativa ad una cosa, ma perchè l'autorità dottrinale aveva stabilito in generale che più chiamati in una stessa frase dovessero senz'altro ritenersi congiunti. Vedi L. 89 § 2 D. h. t. dove questo principio è pure confermato coll'autorità di PAOLO.

[35]) Vol. I, pag. 182-88 dell'ed. tedesca.

coll'*actio familiae erciscundae;* però, se non accettano, egli solo è erede illimitato.

b) Il testatore ha istituito uno nell'usufrutto e un altro senza limiti erede dopo la morte dell'usufruttuario. Questo caso è molto controverso [36]). Se anche in questo caso si consideri l'istituito nell'usufrutto come un *heres ex re singulari* accanto ad un istituito senza limiti, si domanda se quest'ultimo debba ritenersi chiamato alla proprietà puramente e subito, ovvero istituito sotto condizione. — I difensori della prima opinione dicono: qui si hanno due eredi, l'uno deve, secondo la volontà dichiarata del testatore, avere soltanto l'usufrutto, e finchè egli vive l'altro è escluso soltanto da questo. Ma se l'altro è escluso soltanto dall'usufrutto ne segue che egli ottiene la proprietà subito dopo la morte del testatore [37]). Questa spiegazione però non è giuridicamente necessaria, perchè il testatore può benissimo far dipendere da una condizione l'acquisto del diritto del suo erede, e inoltre essa non è conciliabile con la volontà del testatore. Se per es. il testatore ha detto: Istituisco mia moglie erede nell'usufrutto di tutto il mio patrimonio e dopo la sua morte sia erede N., evidentemente si fa violenza alle parole se si interpretano nel senso che N. sia istituito erede incondizionato della proprietà e debba solo il suo diritto di usarne e fruirne essere sospeso sino alla morte dell'usufruttuaria [38]). Perciò è più logica l'opinione secondo la quale il diritto ereditario dell'istituito dopo la morte del primo si fa dipendere dal fatto che egli sopravviva all'usufruttuaria, si fa cominciare cioè da un tempo futuro ed incerto che notoriamente equivale ad una condizione. Se la condizione non si avvera, l'usufruttuario diventa l'erede completo; sino a quel momento l'eredità è giacente per

---

[36]) Si riferisce a questo punto la seconda delle questioni proposte dal Hennemann (vedi sopra nota 12): « *Quid juris* nel caso che un testatore istituisca alcun erede dell'usufrutto e insieme disponga che dopo la morte un altro debba essere erede di lui testatore? »

[37]) Gio. Voet, *Comm. ad Pandectas*, tit. *de usufructu*, § 12.

[38]) Hennemann, *loc. cit.*, pag. 40 seg., § 4.

ciò che riguarda la proprietà [39]), oppure il chiamato dopo la morte dell'usufruttuario ottiene una *bonorum possessio secundum tabulas* [40]). Questa opinione ha per sè la logica giuridica e potrebbe anche ritenersi come consentanea alla volontà del testatore se questo fosse un giurista. Ma se queste parole s'interpretano secondo il senso comune e si immagina che le abbia scritte un non giurista, difficilmente si può dar loro altro significato che questo: io istituisco erede di tutto il mio patrimonio mia moglie, ma essa non deve toccarne la sostanza, perchè deve trasmetterla intatta dopo la sua morte ad N., ciò che espresso in lingua giuridica significa: istituisco mia sola erede mia moglie, la quale deve restituire l'eredità dopo la sua morte senza alcuna detrazione ad N., come erede fidecommissario. La formula di istituzione non può opporsi all'interpretazione secondo la quale l'istituzione di N. è da considerarsi come fidecomissaria [41]) e a conferma di essa si può anche aggiungere che secondo le sue parole stesse, il testatore ha fatto due gradi di istituiti, vale a dire ha sostituito fedecommissariamente all'erede istituito un altro. Questa opinione è accolta da scrittori molto stimati [42]) e fu, almeno sino ad un certo tempo, opinione comune [43]). Solo un dubbio potrebbe elevarsi: quando l'istituito nell'usufrutto non sopravvive alla delazione dell'eredità dovrà escludersi del tutto il sostituto? È chiaro che questo non è consentaneo alla volontà del testatore e perciò dobbiamo dire che il testatore ha nominato erede il secondo pel caso che il primo non gli faccia ostacolo; nel diritto nuovo ormai non è più la formula dell'istituzione che abbia importanza, bensì la volontà del testatore [44]) e poichè inoltre vale la regola che in dubbio si deve

---

[39]) Questa è l'opinione del Hennemann, pag. 46 segg.. § r, 6.

[40]) Arg. L. 23 pr. D. *h. t.* Thibaut, *Pand.*, § 956, n. II.

[41]) Arg. L. 2 Cod., *Comm. de legatis*, 6, 43. Vedi nota 44.

[42]) Huber, *Praelectiones ad Dig.*, *h. t.* § 9. In senso contrario il Thomasio nelle *Aggiunte*, ma senza addurre sufficienti motivi.

[43]) Vedi P. Mueller, *ad Struvium*, exerc. XXX, § 6.

[44]) L. 24, Cod. *de test.*, 6, 28; L. 2 Cod., *Comm. de leg.*, 6, 43. Il primo testo dice che l'istituzione di erede può valere in ogni modo,

sempre decidere per la validità della disposizione di ultima volontà [45]), la sostituzione si dovrà ritenere come diretta se il primo erede diventa tale, come fedecommissaria se non lo diventa [46]) [s]).

Dalla regola *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* si suole derivare il principio che nessuno può morire con più testamenti [47]): e certo non può negarsi una connessione tra questo e il motivo della nostra regola ed ULPIANO stesso la indica chiaramente [48]). Il significato delle due regole è però così diverso che sembra più conveniente non preoccuparsi della parentela dei motivi e guardarsi dall'argomentare dall'una cosa all'altra [49]).

Spesso si spiega anche come conseguenza della nostra regola la impossibilità di una istituzione da un determinato giorno o fino a un determinato giorno, o sotto condizione risolutiva dovendo

---

purchè la volontà del testatore sia certa, e quindi anche se espressa con parole che di solito si usano per i fedecommissari, in altre parole è indifferente *utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis*. Nel secondo testo è detto che è indifferente se al fedecommissario sia ordinato *directis verbis, quale est iubeo*, o *precariis*, e che la volontà del testatore deve essere adempiuta sempre col maggior riguardo alla efficacia della disposizione.

[45]) L. 24 D. *de rebus dubiis*, 34, 5.

[46]) Cfr. HOEPFNER,, *Comm.*, § 495, nota 3.

[47]) Vedi HUSCHKE, *loc. cit.*, pag. 298.

[48]) L. 19 pr. D. *de test. mil.*, 29, 1.

[49]) Vedi sopra pag. 52, nota 85 e pag. 221.

---

s) Sulla *intitutio ex re certa* sono da vedere ancora NENNER, *Die heredis costitutio ex re certa* (L'istituzione d'erede ex re certa) Gussen 1893; PADELLETTI *Dell' istituzione d'erede in un singolo oggetto dell'eredità* nell' « Archivio giuridico » Vol. IV pag. 139 seg. 343 (vedine la recensione di WINDSCHEID nella *Kritische Vierteliahrschrift* (Rivista critica trimestrale di legislazione e giurisprudenza) vol. XII, p. 476 seg.); KUNTZE, *Ueber die Erbeinsetzung anf bestimmute Nachlasstücke* (Sull' istituzione d'erede in determinati oggetti ereditari) 2 fascicoli; SCHWING, *Zur Lehre von dea heredis institutio ex re* (Sulla dottrina dell'istituzione d'erede xe re); HOFFMANN, *Die h. i. ex re certa bei Concurrenz, ecc.* (La h. i. ex re certa nel concorso coll'istituzione regolare d'erede) e per ultimo MANCALEONI, *Appunti sulla institutio ex re*, Sassari 1902 — estr. « dagli Studi Sassaresi » anno II.

in caso diverso farsi luogo alla successione intestata nel primo caso sino alla scadenza del termine, pel secondo da quella scadenza in poi [50]). In ciò è molto di vero, ma la ragione e lo scopo di questo divieto sono essenzialmente diversi da quelli della regola *nemo pro parte testatus, etc.* Se potesse esservi un erede che dovesse avere l'eredità da un dato giorno, fino a quel momento non vi sarebbe erede affatto, perchè il giungere del termine non ha forza retroattiva come l'avverarsi della condizione [51]); l'istituzione di un erede fino ad un determinato tempo osta poi al principio di diritto civile che la qualità di erede sia inseparabile dalla persona di questo e una volta acquistata non possa più perdersi [52]). I creditori ereditari inoltre hanno diritto di rivolgersi non più soltanto sul patrimonio del defunto, ma anche e principalmente contro la persona dell'erede; non può dunque essere rimesso all'arbitrio del testatore di disporre che essi possano considerare l'erede come loro debitore soltanto da un certo momento o che da un certo momento in poi essi debbano rivolgersi contro un altro [53]). Perciò è nulla anche la disposizione secondo la quale alcuno debba essere erede fino ad un certo tempo e poi un altro debba succedergli, vale a dire sia erede invece di lui. Questo esempio prova nel modo migliore che l'inammissibilità di tali istituzioni non deriva dalla nostra regola, perchè nella disposizione da noi esemplificata il testatore escluderebbe sempre completamente la successione intestata [54]).

---

[50]) Così HELLFELD in questo paragrafo, e HOEPFNER, *Comm.*, § 442.

[51]) Su ciò riposa l'ammissibilità dell'istituzione d'erede sotto condizione sospensiva. Vedi HUSCHKE, *loc. cit.*, pag. 323, seg. Del resto il HUSCHKE, pag. 324 seg., si pronuncia anche in quest'occasione contro l'opinione comune, secondo la quale in origine non sarebbe stata possibile neppure una istituzione sotto condizione sospensiva. Di ciò parleremo più oltre al titolo VII, *de condicionibus institutionum.*

[52]) L. 88 D. *h. t.* — « non potest efficere, ut, qui semel heres extitit, desinat heres esse » — L. 13 § 1 D. *de liber. et postum.* (28, 2). « Regula est juris civilis, — hereditatem adimi non posse — eodem testamento ».

[53]) DERNBURG, *Beitraege zur Geschichte* (Contributi alla storia dei testamenti romani) pag. 308.

[54]) DERNBURG, *loc. cit.*, pag. 307.

L'effetto dell'istituzione in erede da o fino ad un certo termine, o anche sotto condizione risolutiva, è, com'è noto, questo, che la disposizione limitativa sia come non scritta e l'istituzione abbia effetto subito alla morte del testatore o, nell'altra ipotesi, in perpetuo [55]), valga cioè come *pura heredis institutio* [56]). Questo vale però soltanto quando la disposizione del testatore non possa intendersi in senso diverso da quello che l'erede debba cominciare ad esser tale soltanto dopo un certo tempo dalla morte del testatore e senza effetto retroattivo o debba conservare la qualità di erede soltanto per il dato tempo. Del resto deve anche qui applicarsi il principio che in dubbio il testamento deve essere interpretato ed eseguito secondo la volontà del suo autore: e perciò se è possibile una interpretazione, per la quale una determinazione espressa letteralmente come condizione risolutiva possa essere intesa nel senso di condizione sospensiva, ciò deve ritenersi [57]). Lo

---

[55]) § 9. J. *de heredib. instit.* « Ex certo tempore, ad certum tempus non potest (heres institui), veluti *post quinquennium, quam moriar*, vel *ex Calendis illis*, aut *usque ad Calendas illas heres esto*; denique adjectum pro supervacuo haberi placet, e *perinde esse, ac si pure heres institutus esset* ». L. 34 et D. *h. t.* « Hereditas ex die vel ad diem non recte datur, sed vitio temporis sublato, manet, institutio ».

[56]) Com'è noto però il termine, sotto qualunque riguardo incerto, aggiunto alla disposizione di ultima volontà, vale come condizione (L. 75 D. *de cond. et dem.*, 35, 1). Ora, come si concilia questa regola col principio contenuto nel § 9 I. *h. t.* secondo il quale se il testatore dispone che l'erede debba ricevere l'eredità cinque anni dopo la sua morte, si applica la regola del termine fisso e la successione ha luogo subito dopo la morte del testatore? La risposta è, perchè al tempo dell'apertura del testamento è già sicuro quando giungerà il termine in esso stabilito. Cfr. SCHOEMAN, *Handbuch des Civilrechts* (Manuale di diritto civile) vol. I, VI, 573 seg.

[57]) Il principio *condicio resolutiva heredis institutioni adiecta pro non scripta habetur* è stato nei tempi recenti oggetto di una dotta disputa: esso fu combattuto dal WENING nell'*Archiv* (Archivio della pratica civile) vol. I, n. IX e dallo ZIMMERN nello stesso *Archivio*, vol. VII, diss. VI, n. 1; difeso dal THIBAUT, *Archivio cit.*, vol. V, diss. XIII, vol. VII, diss. XIX. — Ma se si consideri da vicino il punto della questione, si vedrà che si tratta, come osserva lo ZIMMERN, non tanto del principio in sè, quanto piuttosto della questione se la condizione risolutiva non

stesso vale anche quando la limitazione aggiunta ad una istituzione d' erede incondizionata possa essere mantenuta in vigore come un fedecommesso. Questo è il caso quando sia nominato un terzo in rapporto tale che sia evidente la volontà del testatore di attribuirgli il patrimonio od una parte di esso [58]). Con ciò però il così detto erede non cessa d'essere vero erede e sebbene, dopo che GIUSTINIANO elevò a principio generale la regola del Senatusconsulto Trebelliano, i creditori debbano rivolgersi contro l'erede fedecommissario nei limiti in cui il patrimonio ereditario è stato restituito [59]), non per questo ne deriva un risultato opposto al principio fondamentale del diritto civile, che il fedecommissario debba come nuovo erede entrare nel posto del vecchio e questo cessi di essere erede come se non lo fosse mai stato. Ma se una tale interpretazione non sia possibile secondo la regola della dottrina, allora sottentra il principio che la limitazione non valga e l'istituito *ex die certo* riceve l'eredità subito, l'istituito fino ad un determinato tempo o sotto condizione risolutiva rimane erede. Soltanto pel soldato vi ha un privilegio e anche in tal caso la sua volontà deve essere adempiuta quando sia inconciliabile con le regole fondamentali del diritto ereditario. La concessione fatta

---

possa trattarsi come la sospensiva opposta, e così l'erede al quale l'eredità è tolta sotto una condizione, considerarsi istituito sotto la condizione sospensiva opposta. Con ragione il THIBAUT nega questa possibilità non potendo, a parer suo, ammettersi una interpretazione così contraria all'espressione letterale del testatore. Ma la semplice lettera non è decisiva qui, come in generale in nessuna interpretazione, e per ciò, per esempio, non avrei alcuna difficoltà a interpretare come istituzione sotto condizione sospensiva il caso seguente addotto dal WENING: « Istituisco erede universale il mio cugino S. solo condizionatamente però sino all'esito del processo penale a carico di mio fratello, il quale voglio che abbia come unico erede tutto il mio patrimonio se sarà dichiarato innocente ». Questa istituzione infatti s'interpreta senza alcuna contraddizione in questo modo: istituisco mio cugino a condizione che mio fratello sia dichiarato colpevole, o mio fratello a condizione che il processo finisca per lui con una assoluzione.

[58]) Esempi di tali disposizioni fidecommissarie vedansi in L. 114, § 14 Dig. *de legatis*, I, 30; L. 74 pr. Dig. *ad. S. C. Trebell.*, 36, 1.

[59]) § 7. J. *de fideic. heredit.* — L. 1, 2, C. *ad Sct. Treb.* (VI, 49).

al soldato di aggiungere un termine al principio o alla durata del diritto di eredità [60]) significa però soltanto che nel primo caso succedono da principio gli eredi legittimi, coll'obbligo di restituire l'eredità agli eredi nominati *ex die certo* come se fossero eredi fidecommissarii, nel secondo caso invece col giunger del termine o coll'avverarsi della condizione risolutiva, sottentrano gli eredi fidecommissari [61]). Neppure si ha alcuna deviazione dalla regola *semel heres semper heres* nel principio che alcuno possa cessare di essere erede per effetto del *beneficium abstinendi* o della restituzione, perchè in tal caso la qualità di erede vien distrutta completamente anche a riguardo del passato e si ha il medesimo risultato che se l'erede non fosse mai stato tale [62]).

La regola *nemo pro parte testatus, etc.* non risponde del resto affatto allo spirito del diritto germanico e perciò essa non ha trovato riconoscimento in Germania ed è stata espressamente abrogata nella massima parte delle nuove legislazioni. Ma di ciò abbiamo già trattato in altro luogo luogo del Commentario [63]).

§ 1442.

Designazione chiara della persona dell'erede.

Un requisito essenziale della validità dell' istituzione d'erede è che la persona dell'erede sia indicata in modo chiaro e preciso [64]).

---

[60]) L. 15, § 4 D. *de test. milit.* XXIX, 1. (« Miles et ad tempus heredem facere potest, et alium post tempus, vel ex conditione, vel in conditionem »). L. 41 pr. D. *eod.* — « Et quia diximus, ex certo tempore et usque ad certum tempus milites posse instituere heredem his consequens est, ut, antequam dies veniat, quo admittatur institutua, intestati hereditas deferatur ».

[61]) Confr. FABRO, *Errores pragm.* Dec. XXVII. err. II. Maggiori particolari su ciò vedi al tit. *De test. militis.*

[62]) Vedi le mie *Pandette*, § 766, 2.a edizione.

[63]) Vedi sopra pag. 51 e pag. 225, nota 44. — HUSCHKE, *loc. cit.*, pag. 365-69.

[64]) L. 9 § 9 D. *h. t.* La trattazione sull' istituzione di persone incerte che il HELLFELD interpola a questo punto, è già stata fatta da noi al § 1438 *b*).

Se per tanto il testatore abbia nominato un erede, ma il nome scritto si possa riferire a più persone, nè apparisca da alcuna determinazione aggiunta o da altre circostanze a chi si riferisca, l'istituzione non vale.

« Modestinus, Lib. II, *Pandectarum* [65]): Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, quippe evenire potest [66]), si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis apertissimis nominibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit ».

Alcuni ritengono che le parole finali *nisi... senserit* siano una interpolazione di Triboniano perchè nel principio del testo è supposto che dalla disposizione non appaia a chi abbia alluso il testatore [67]), ma le parole iniziali esprimono soltanto la regola generale alla quale poi segue l'applicazione al caso che il nome si adatti a più : non è inconciliabile però con tale regola il principio limitativo pel quale ai pretendenti all'eredità è permesso di provare a quale di essi il testatore abbia alluso [68]). Se questa prova

---

[65]) L. 62 D. *h. t.* Confr. Paolo, *Rec. Sent.*, III, IV b, 3. Espressioni simili sono usate a riguardo dei legati nelle LL. 4 (5), 10 (11) pr. 27 (28) Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5. Vedi Huebner, *Comm. ad tit. de rebus dubiis*, pag. 66 seg. La L. 5 § 1 D. *si cui plus quam per legem Falc. liceat* 35, 3, sembra a prima vista possa intendersi nel senso che, nel caso sia impossibile togliere l'incertezza, ambedue abbiano a ritenersi eredi. Ma essa parla solo dell'obbligo di coloro che accampano pretese all'eredità di subire le azioni dei creditori e dei legatarii.

[66]) Alcuni leggono « quod evenire oportet ». Vedi Pothier, *Pand. Iust.* h. t. n. 28 in nota: Aloandro legge « quod plane evenire potest », lezione che dà un senso più chiaro: però questa correzione non è necessaria.

[67]) Così Ant. Fabro, *Coniecturae*, lib. V, c. 19, e anche lo Schulting, *Notae ad Dig.*, V, p. 67.

[68]) « Si controversia sit de nomine inter plures, dice la L. 43 § 1, Dig. *de cond.* 35, 1, qui probaverit sensisse de se defunctum, ille admittetur ». — Vedi Conradi, *De voluntate testatoris dubia ab errorem in nomine vel demonstratione heredis aut legatarii commissum*, Helmstad 1736, § 17-25.

non sarà possibile riprenderà vigore la regola per la quale la disposizione è invalida. Questa prova però è possibile perchè può, da altre dichiarazioni del testatore, dai rapporti dei singoli pretendenti all'eredità e simili, risultare molto chiaramente chi abbia egli voluto indicare. Coerentemente a questo concetto fu, alcuni anni anni or sono, secondo notizie attinte da giornali, deciso un caso a Bruxelles. Una signora aveva istituito erede il sig. Thomas e i suoi figli. Poichè molte persone con figli avevano questo nome tutte pretendevano l'eredità. Il Tribunale di prima istanza decise per la invalidità del testamento perchè la disposizione si poteva riferire a varie persone, ma la Corte d'appello ammise in riforma di quella sentenza che potendo la indeterminatezza della disposizione essere supplita da prove estrinseche, i pretendenti fossero ammessi a provare che la testatrice aveva avuto di mira la loro persona [69]).

Del resto è da osservare: 1.° che non è necessario che l'erede sia indicato col nome, bastando ogni altra qualunque designazione o descrizione sufficientemente chiara [70]), per es.: se alcuno istituisca il proprio figlio, il proprio zio o un amico che abiti in un determinato luogo senza l'aggiunta del nome. Soltanto non può la designazione essere fatta con un nome ingiurioso [71]), sebbene questo non nuoca alla validità dell'istituzione quando sia aggiunto ad un altro nome o ad altra designazione [72]).

---

[69]) Vedi la *Berliner Spenersche Zeitung*, del 1833 n. 35.

[70]) L. 9 § 8, D. *h. t.*, § 5, in f. *J. h. t.*

[71]) L. 9, § 8, D. *h. t.* « Si quis nomen heredis quidem non dixerit, sed indubitabili signo eum demonstraverit — *non tamen eo, quod contumeliae causa solet addi*, valet institutio » — L. 34 (56) D. *de leg.* I. « Turpia legata, quae denotandi magis legatarii gratia scribuntur, odio scribentis pro non scriptis habentur ». Averanius *interpret. jur.*, lib. V, C. 13, n. 1.

[72]) L. 48, § 1, D. *h. t.* « Illa institutio valet: *filius meus impiissimus, male de me meritus heres esto;* pure enim heres instituitur cum maledicto, et omnes huiusmodi institutiones receptae sunt ». H. Donelli, *Comment. jur civ.*, l. VI, c. 19 § 2, 3. — Senza motivo, alcuni, come ad esempio, Heraldus, *Observationes et emendationes*, lib. c; 28 in Ottone, II, 1345

2.° Anche una designazione inesatta, fatta con un nome o con una perifrasi (*falsa demonstratio*) non nuoce alla validità dell'istituzione quando la volontà del testatore appaia indubitata [73]), come se per es. dicesse: istituisco erede Cristiano figlio di mia sorella, il quale è andato a fare il commerciante a Filadelfia nel 1830; se anche in tal caso queste quattro designazioni non corrispondessero tutte perchè per es. il figlio della sorella avesse un altro nome, o l'anno della partenza, o il genere della sua occupazione non corrispondessero, oppure egli non fosse andato a Filadelfia ma a New York, sarebbe sempre nonostante fuori di dubbio la persona che volle indicare il testatore.

3.° Neppure nuoce alla validità dell'istituzione se il motivo addotto dal testatore appaia inesatto (*falsa causa non nocet*), purchè il testatore non fosse anch'egli in errore su quel punto e fosse

---

e seg. e Averani, *loc. cit.*. n, 5, limitano la validità dell'*institutio cum maledicto*, istituzione cioè sufficientemente determinata, ma con un aggiunta ingiuriosa, ai soli figli del testatore. Ma ciò è riconosciuto invece in modo chiarissimo pei legati anche a riguardo dei terzi, ad es. nella L. 37, § 2 D. *de legatis* III, 32, nè vi ha differenza fra istituzione di erede e legato circa la necessità di una dichiarazione di volontà chiara e conveniente; vedi § 29 I. *de legatis*, 2, 20. Confr. Weber, *ad Hoepfner*, § 488, nota 4, e pag. 519 del vol. precedente nota 58. Del resto per l'istituzione d'erede bastava anche la designazione ingiuriosa: l. 3 pr. D. *de liberis et post.* Averani, *loc. cit.*, n. 5; Wernher, *Lectissimae commentationes ad Pand.* ad *h. t.*, § 19, pag. 633 e pag. 519 seg. del vol. precedente.

[73]) § 29 J. *h. t.* — (« nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt, qui si quolibet alio modo intelligantur, nihil interest »). L. 4 C. *de testam.* (VI, 23). L. 48 § 3, D. *h. t.* (« Si in patre, vel alia simili assumtione falsum scriptum est, dum de eo, qui demonstratus sit, constet, valet institutio »). L. 5 C. *h. t.* L. 33, pr. L. 34, pr. D. *de condit. et dem.* XXXV, 1). Averani, *Interpret. jur.*, lib. V, c. 14, n. 1, 2. — Vedi anche Conradi, *Diss. cit.*, pag. 29 seg., dove si trova un esempio interessante di nomina e designazione di erede che non si adattava a nessuno. Del resto la designazione inesatta può anche essere la causa dell'istituzione e allora si applicano le regole sulla falsa causa.

veramente stato indotto a fare la disposizione da questo errore; in tal caso gli interessati sarebbero ammessi a provare l'errore [74]).

4.° Se il testatore ha nominato persona diversa da quella che voleva nominare, l'istituzione non vale, perchè *qui aliud dicit quam vult neque id dicit quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult quia id non loquitur* [75]).

Qui naturalmente non si parla del caso che il testatore nomini l'erede inesattamente, cioè gli dia un nome portato invece da un altro [76]), ma di un vero scambio di persone. Tale scambio può avvenire in due modi. Può il testatore avere una esatta nozione delle persone e dei rapporti che intercedono tra loro, ma nominare l'una per l'altra. Simile errore suppone almeno una grande leggerezza, ma può avvenire. Si ammetta per es. che alcuno abbia lungamente dubitato quale fra due suoi amici, A. e B. istituire erede ed a quale lasciare un legato e finalmente si sia deciso per istituire erede A.; invece per momentanea distrazione istituisce B.; l'errore si può facilmente provare per il fatto che B. appaia poi indicato come legatario e si parli di un altro erede che invece non è stato nominato: in tal caso nè A.

---

[74]) L. 4. C. *h. t.* « Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditus esse ostensus est, auferendam ei successionem, divorum Severi et Antonini placitis continetur ». — L. 72, § 6, D. *de condit. et dem.* « Falsam causam legato non obesse verius est. —; *sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse* ». — Confr. anche L. 14 D. *de liberis et post.* Vedi pag. 519 del vol. precedente. Modificazioni del principio, pel caso che gli eredi necessarii siano stati esclusi nell'erronea opinione che non esistano più, si hanno nella L. 28 D. *de inoff. test.*, 5, 2 e nella L. 92 D. *h. t.* Vedi su ciò pag. 256 seg. e pag. 859 del vol. II di questo libro.

[75]) L. 3 Dig. *de rebus dubiis*, 34, 5. HUEBNER, *Comm. ad tit. de rebus dubiis*, pag. 131 seg.

[76]) Perocchè in tal caso, quando si potesse provare a chi alludesse il testatore, si applicherebbe la regola *falsa demonstratio non nocet*; è solo quando la *controversia de nomine*, come è chiamata nei testi citati alla nota 68, non conduce a risultati, che si fa luogo come conseguenza mediata di ciò all'invalidità di tutta la disposizione. CONRADI, *loc. cit.*, § 18 seg.

sarà erede perchè non è nominato, nè B. perchè il testatore non lo voleva [77]). Più facile è l'errore per cui l'uno è scambiato con l'altro: per es. il testatore vuole istituire suo padre o suo fratello e ritiene erroneamente che tale sia la persona dalla quale od insieme alla quale egli è stato educato e istituisce quella. Un tal caso ha di mira ULPIANO quando scrive:

« Quotiens volens alium heredem scribere, alium scripserit *in corpore hominis errans*, veluti: *frater meus, patronus meus*, placet neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est » [78]).

Le parole *in corpore errans* indicano qui, come in altri casi, che vi è errore sull'identità del subietto o dell'obietto [79]). Il testatore adunque, pur conoscendo bene il nome e la persona dell'erede da

---

[77]) Nella L. 9 D. *h. t.* ULPIANO riferisce una serie di casi di disposizioni erronee, nelle quali l'errore talvolta appare come essenziale, tal volta come non ostativo alla disposizione. Ai casi della prima specie appartiene uno che riguarda solo i legati, ma che può servire anche a spiegazione di ciò che è detto qui: « si in re quis erraverit, ut puta, dum vult lancem relinquere vestem leget, neutrum debebit ». L. 9 § 1 D. *h. t.* Il testatore avea in animo di lasciare un piatto o un altro oggetto di vasellame (la traduzione tedesca del *Corpus iuris* traduce lancia (!!) e invece ha nominato una veste. Questo non può accadere per errore sulla qualità della cosa, ma solo per una svista di quelle di cui è cenno nel testo. Del resto di parecchi di questi errori è già stato trattato a pag. 286 seg. di questo volume; in particolare ivi ho trattato anche di un caso nel quale l'errore si spiega anche più difficilmente che nel caso sopra accennato, quello che il testatore abbia aggiunto all'istituzione una condizione da lui non voluta.

[78]) L. 9 pr. D. *h. t.*

[79]) Vedi per es. L. 4 pr. *De legatis* 1, 30. Questo testo contiene veramente tre esempii diversi: secondo il primo la disposizione è valida, secondo gli altri due essa è nulla: *a*) la cosa legata è stata indicata con un nome errato, ciò non nuoce alla disposizione. — « *Si quis in fundi vocabulo erravit et Cornelianum per Sempronianum nomineant debebitur Sempronianus* » — *b*) il testatore vuole legare il fondo Semproniano a lui ben noto, ma per errore ne indica un altro. In questo caso, ch'è analogo al nostro, la disposizione non vale — « *Sed si in corpore erravit non debebitur* ». — Vedi *Sc.* GENTILE, *De erroribus testamentorum*. cap. 11, Opera I, p. 54 seg., 61 seg. — *c*) Il testatore attribuisce a una data espressione

lui istituito, lo riteneva però per tutt'altro da quello che era [80]). Un errore di questa specie però non è sufficiente per far ritenere invalidata l'istituzione d'erede; occorre anche che il testatore abbia intenzione di istituire quello col quale ha scambiato l'istituito; altrimenti vale la regola *falsa causa non nocet*, cioè l'istituzione vale, salvo che si provi che l'errore del testatore fu l'unico motivo di essa [81]). Questo vale naturalmente anche per il caso che il testatore usi per indicare il suo rapporto personale con l'erede da lui volontariamente istituito una espressione inadatta o non consueta [82]); benchè anche una tal designazione possa stare colla istituzione d'erede nel rapporto di causa ad effetto, nel qual caso è ammessa la prova che vi fu errore e che il testatore fu indotto da questo alla sua disposizione. Da questo punto di vista si spiega anche la L. 7 C. *h. t.* dove gli imperatori DIOCLEZIANO e MASSIMIANO dicono:

« Nec apud peregrinos fratrem sibi quisquam per adoptionem facere poterat. Quum igitur, quod patrem tuum voluisse facere

---

un significato che non le si conviene secondo le regole generalmente ammesse della lingua. Anche in questo caso la disposizione è nulla.

« Quodsi quis, cum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, POMPONIUS scripsit, vestem non deberi, quemadmodum si quis putet, vini appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia ».

L. 7 § 2 D. *De suppell. leg.* XXXIII, 10. FERANDI ADCLUENSIS *explication*, Lib. I, C. 31, in OTTO *Thes. jur. civ.* T. II, p. 539. AVERANI, *Interpr. jur civ.* lib. I, c. 18, § 1. LANGE, *Versuch einer Begründungslehre des Rechts* (Saggio di una dottrina sul fondamento del diritto) § 46, nota *c*.

[80]) *Scip.* GENTILE, *De erroribus testamentorum.* c. 1, Opera I, pag. 4.

[81]) Vedi sopra note 73 e 74.

[82]) Così non nuoce all'istituzione il fatto che il testatore per provare all'erede il suo amore e attaccamento lo chiami fratello. L. 58 § 1, D. *h. t.* « Qui frater non est, si fraterna charitate diligitur, recte cum nomine suo sub appellatione fratris heres instituitur ».

L. 5 C. *h. t.* « Non ideo minus uxor tua jure heres videtur instituta, quod non uxor, sed affinis testamento nominata est ».

dicis irritum sit, portionem hereditatis, quam is adversus quem supplicas, velut adoptatus frater heres institutus tenet, restitui tibi Praeses provinciae curae habebit ».

Qui deve supporsi che il testatore sia stato indotto alla sua disposizione da un errore, che il figlio avrebbe dovuto provare [83]). Tuttavia questo testo non contiene il minimo accenno a tale supposizione nè alla prova di essa; gli imperatori dicono anzi che il così detto padre adottivo non possa ritenere la quota di eredità lasciatagli perchè il principio del testatore era errato e giuridicamente inammissibile. La decisione in altre parole ha per suo fondamento il concetto che i peregrini non possono essere istituiti eredi dai Romani [84]). Il testatore a quanto pare aveva voluto rendere possibile ciò con l'adottare il peregrino come fratello, gli imperatori dichiarano che l'adozione come fratello non è possibile pei peregrini come non lo è pei Romani, e così l'adozione è priva di effetto e con essa anche l'istituzione d'erede che vi si fonda sopra [85]).

---

[83]) Vedi AVERANI, *Interpretationes iuris*, lib. V c. 19 § 8. Nello stesso modo si esprime il WESTPHAL, *Theorie des R. R.* (Teoria dei testamenti secondo il diritto romano) § 562: e l' interpretazione riceve una conferma anche dagli Scoli dei Basilici ad h. l. IV. pag. 795 seg. ediz. FABROT. Troppo però si può dire in contrario perchè possa bastare questa semplice autorità in favore.

[84]) L. 5 § 2 D. *h. t.* L. 1 Cod. *eodem*. GAIO, II, 285.

[85]) Vedi F. RAMOS DEL MANZANO, *ad legem Iuliam et Papiam Poppaeam*, lib. II c. 16 n. 12 nel *Thesaurus* del MEERMANN, V, p. 876. Del resto, nonostante ciò che è detto nella dissertazione del CRELL, *de adoptione in locum fratris non monstruosa*, Vitembergeae 1753, nessuno potrà negare che l'adozione come fratello contradica ai principi del diritto civile e sia per ciò invalida. La l. 42 pr. D. *de bonis libert.* 38, 2, che si è invocata, non parla dell'adozione in qualità di fratello, ma del caso che un fratello ne arroghi un altro. In tal caso non può osservarsi nulla nè è necessario spiegare questo testo in base alla l. 58 § 1 D. *h. t.* (vedi nota 82), come io stesso ammettevo nelle mie *Pandette*, § 551 nota 2 seguendo il BUCHHOLTZ, *Juristische Abhandlungen* (Dissertazioni giuridiche) n. 15 pag. 209 seg.

§ 1443.

Del così detto testamento mistico.

Non occorre che il nome dell'erede sia scritto nel testamento: il testatore può rimandare per esso ad un altro scritto [86]). Non osta alla possibilità di una tale forma di istituzione di erede la regola che questa debba avvenire in un testamento formale, perchè l'istituzione stessa avviene nel testamento, nè per essa è necessaria la precisa indicazione del nome, basta invece una qualunque designazione o rinvio riconoscibile [87]). Simile testamento si chiama testamento mistico [88]); ma poichè noi abbiamo già in altro luogo del Commentario [89]) detto quanto occorreva di più preciso intorno ad esso e trattata la questione se l'istituzione mistica fosse conciliabile colla forma del testamento orale basterà un rinvio a quel luogo.

---

[86]) L. 10. D. *de condit. instit.* (XXVIII, 7). L. 77. D. *h. t.*

[87]) L. 9. § 8. D. *h. t.* — L. 58. pr. *eod.* L. 77. *eod.* « *quem heredem codicillis fecero, heres esto;* — institutio valet ideo, quod, licet codicillis dari hereditas non possit, *tamen haec, ex testamento dari videtur* ». — L. 10. D. *de condit. instit.* — « nec videtur hereditas codicillis data, quod interdictum est, verum conditionalis est haec institutio, quae testamento data esset ».

[88]) Si suol chiamare così qualunque disposizione testamentaria colla quale l'indicazione del soggetto o dell'oggetto è fatta rimandando ad un altro scritto (Weber, *Pandette*, II, § 1443), di preferenza però quella disposizione nella quale tale rinvio ha luogo riguardo all'erede.

[89]) Vedi pag. 15 seg. del Vol. precedente.

§ 1444.

Divieto delle disposizioni captatorie (*).

I cacciatori di eredità e le loro molteplici arti furono sempre tenuti nella considerazione che si meritavano [90]). Per la legislazione era difficile opporvisi con successo perchè gli atti di tale specie il più spesso si compiono di nascosto ed in ogni caso i motivi di essi difficilmente si possono riconoscere con sicurezza come richiede la certezza giuridica. Si può con una condotta amichevole ed affettuosa, con frequenti visite, con l'assistenza nelle malattie, con piccoli doni, con molte attenzioni e gentilezze, quali sogliono usarsi fra persone prossime, voler manifestare semplicemente amicizia, amore o stima senza esservi indotti da nessun sentimento egoistico. E se anche tutti coloro che vedono ciò che accade credono il contrario quanto spesso la fama non attribuisce ai migliori atti degli uomini motivi egoistici? Ma anche quando la intenzione captatoria appare evidente, come si potrebbe con sicurezza opporsi a questa se non mediante una legge che proibisca senz'altro l'istituzione di coloro i quali con eccessiva attenzione verso il testatore hanno risvegliato il sospetto di un'intenzione non lecita? Certo però nessuno approverebbe una legge che ponesse così grandi vincoli alla

---

*) *Chr.* Thomasio, *Diss. de captatoriis institutionibus* Hal. 1697. *Corn. v.* Bynkershoek, *Opusc. de captatoriis institutionib.* (opp. omm. T. I, p. 359 *sq.*). *Aug.* Leyser, *Med. ad Pand. Sp.* 375-377. (de heredipetis et eorum artibus). Mueller, *Observ. ad Leyser*, obs. 582. (T. IV, Fasc. I, pag. 90 *sq.*). *Greg.* Majansii, *Disp. de senatusconsulto prohibente dispositiones captatorias* (in *Disp. jur. civ.* L. II. Pr. XXXV). Thibaut, *Saggi cit.* (Versuche) Vol. I n. 4, Sell, *Die Lehre von den unmöglichen Bedingungen* (La dottrina delle condizioni impossibili) nei Saggi di diritto civile (*Versuche*) II § 66 pag. 295 seg.

[90]) Le numerose menzioni che ne fanno i classici ce ne fanno prova. Varii testi, nei quali i cacciatori di eredità sono dipinti o sferzati dalla satira, sono stati raccolti dallo Schulting, *Notae ad Digesta*, V, p. 69, ad L. 70 *h. t.* o dal Bynkebghock, *loc. cit.* cap. II; dal Leyser, sp. 375 medit. 4, 5, e da altri.

libertà di testare e che sarebbe la fonte inesauribile di liti. Ma non si può d'altra parte negare che la legislazione romana avrebbe potuto andare un po' più in là di quel che non abbia fatto. Fu riconosciuto bensì che il testamento strappato con dolo od estorto con violenza non potesse giovare al frodatore od al violento [91]), ma il semplice sforzo per entrare nelle grazie del testatore non poteva valere come dolo ed anche un testamento che fosse stato l'effetto della persuasione o della inframmettenza di altri si considerava sempre valido [92]). Tuttavia una specie di captazione, cui pure non si adattava a rigore il concetto di dolo, si cercò di impedire in via indiretta [93]). Fra i mezzi cui spesso si ricorreva per ottenere di essere presi in considerazione nei testamenti dei ricchi esisteva a quanto pare quello di fare un testamento favorendo in esso alcuno sotto la condizione di essere favorito nel testamento di lui, avendo cura naturalmente di far conoscere questa disposizione [94]). La intenzionalità, per non dire la rudezza, di questo prov-

---

[91]) Lo stesso valeva naturalmente anche di un impedimento a testare o a cambiare il testamento derivante da dolo o da violenza. L'ingannatore o il violentatore non potevano derivare alcun vantaggio dal loro atto. Conf. l. 1, l. 2 § 2 D. *si quis aliquem testari prohib. nel coeg.* 29, 6, l. 2 Cod. *eod.* l. 19 D. *de his quae ut indignis auf.* 34, 9. Conf. nota 33.

[92]) L. 3 D. *si quis aliq. test.* 29, 6, L. 3 Cod. *eodem*. La pratica però parifica alla violenza le pressioni insistenti. Vedi sopra pag. 119 nota 9.

[93]) Anche il dolo o la violenza veri e proprii coi quali alcuno cerca di ottenere o conservare una eredità sono annoverati dai Romani fra i casi di *captatio hereditatis*, L. 1 pr. D. *si qui aliq. test.* 29, 6 « *Qui dum captat hereditatem legitiman vel ex te tamento, prohibuit testamentarium introire* ». Il Leyser ha dunque pienamente ragione di annoverare fra i rimedii concessi contro le captazioni dell'eredità anche le disposizioni riferentisi a questo punto (*ad Pandectas*, sp. 375, medit. 6-10); ma evidentemente egli dà troppo sviluppo al concetto quando alla med. 12 seg. vi annovera anche le falsificazioni, gli atti che cadono sotto il divieto del S. C. Liboniano e ogni altra illecita influenza sopra un testamento di altri.

[94]) Dell'uso di favorire spesso con donazioni o testamenti le persone dalle quali si credeva di poter ereditare, anche senza aggiungere propriamente la condizione di reciprocità, si ha la prova nelle testimonianze di vari classici. Vedi, per es., Marziale, *Epigr.*, VIII, 27.

« Munera qui tibi dat locuplet, Gaure, senique,
si sapis et sentis, hic tibi ait: morere ».

Conf. anche Conradi, *Comm. iuris civilis*, lib. X c. 6 n. 6.

vidimento si poteva facilmente nascondere sotto il pretesto di voler avere la prova se l'altro avesse tanta benevolenza per il disponente quanta questo per lui; chi si serviva di un tal mezzo intendeva anche di scegliere un uomo retto e se questi, come la maggior parte degli uomini, si cullava nella speranza di una lunga vita, il cacciatore di eredità ben di rado falliva al suo scopo. Da ciò la legge, della quale diremo più particolarmente tra breve, derivò la disposizione per la quale è tolta al captato la speranza che la disposizione fatta apparentemente a suo favore possa avere efficacia e con ciò la disposizione captatoria è dichiarata inutile. Questo è avvenuto nel diritto romano mediante un Senatus-consulto del quale noi non conosciamo nè il nome, nè l'autore, nè l'età [95]) ed il cui contenuto probabilmente ci è stato pure riferito in modo incompleto. Il testo principale nel quale esso è ricordato è tratto dal 16° libro dei responsi di PAPINIANO [96]) e suona così: « Captatorias institutiones non eas senatus improbavit [97]), quae mutuis affectionibus judicia provocaverunt, sed quorum conditio confertur ad secretum alienae voluntatis ».

In primo luogo qui è riconosciuto che non è illecito il favorirsi reciprocamente purchè ciò sia l'effetto di reciproca benevolenza [98]): sono invece vietate le disposizioni *quarum condicio con-*

---

[95]) Il BYNKERSHOEK, *loc. cit.*, cap. 1, ha dimostrato che questo non è il S. C. Liboniano e che la disposizione in discorso non apparteneva neppure alla legge Giulia e Papia.

[96]) L. 70 D. *de her. inst.*, 28, 5.

[97]) Il BYNKERSHOEK, *loc. cit.* cap. 3, crede che debba punteggiarsi così: « *Captatorias institutiones*, non eas senatus improbat, etc. » perchè altrimenti vi sarebbe una *contradictio in adiecto*. Ma il testo si può tradurre facilmente così: il senato non considera come istituzioni captatorie quelle ecc. Cfr. MUELLER, *loc. cit.* pag. 92, nota *t*, e THIBAUT, *loc. cit.* nota 19, il quale aderisce alla proposta del BYNKERSHOEK.

[98]) A ciò si riferiscono le parole: *mutuis affectionibus iudicia provocaverunt*. CONRADI, *loc. cit.* II, p. 370; BYNKERSHOEK, *loc. cit.* c. 3 pag. 363; POTHIER, *nota ad h. l.* n. 43. Un'affezione, una benevolenza del testatore verso l'onorato deve sempre supporsi, e per ciò quelle parole vogliono

fertur od secretum alienae voluntatis, vale a dire che la disposizione deve riferirsi a qualche cosa di incerto e di nascosto, quindi ad un testamento non ancora esistente di una persona, la liberalità della quale il disponente tende in certo modo a provocare [99]). Anche

---

dire semplicemente che sono invalide le disposizioni le quali si fondano sul concetto di acquistare a sè un vantaggio.

Che i testamenti reciproci non cadano sotto il divieto delle istituzioni captatorie è cosa che appare dunque chiara, anche astraendo dal fatto che ad essi non si adattano le parole « *condicio confertur ad secretum alienae voluntatis* » (vedi nota seguente). Per ciò non si capisce come il LEYSER, *Spec.* 375 m. 18, *Spec.* 376 m. 17 possa annoverare i testamenti reciproci e i patti successori fra le disposizioni captatorie. Egli fu già del resto rimproverato per ciò da altri. Vedi MUELLER, *Observationes* ad LEYSER pag. 91 e seg. SELL, *loco citato*, pag. 295 nota 3.

[99]) *Ant.* AUGUSTINI *emendation. et opinion.* Lib. IV, c. 15; OTTO, *Thes. jur. Rom.* T. IV (pag. 1549); CUJACIUS in *Papiniani resp.* Lib. VI ad h. l.; BYNKERSHOECK *loc. cit.* c. 4. (p. 364); MAJANSIUS in *diss.* cit. § 3.

Espressioni simili per indicare un testamento si trovano nella L. 41 pr. in f. D. *ad legem Aquiliam* 9, 2 e nella L. 3 C. *de codicillis* 6, 36. Confronta anche THIBAUT, *loco citato* nota 7, il quale del resto censura senza ragione la spiegazione del BYNKERSHOECK ed altri i quali secondo lui intenderebbero questa parola nel senso di testamento, mentre invece dall'insieme del discorso appare chiaramente che questi scrittori pensano ad un testamento non ancora fatto. Una spiegazione del tutto inesatta delle parole, e così anche delle istituzioni captatorie, è data dal LEYSER il quale intende per tali le istituzioni alle quali sia aggiunta la condizione che il captato faccia conoscere la sua volontà ancora durante la vita, e che appunto tale risultato si sia cercato di evitare perchè altrimenti l'onorato in una disposizione di ultima volontà sarebbe stato facilmente indotto a preparare dei pericoli al testatore, mentre al contrario la dispozione fatta soltanto sotto la condizione di essere onorato da altri in un testamento dovrebbe ritenersi valida. *Med. ad Pandectas* sp. 375 m. 18, sp. 376 m. 8. In senso contrario vedi WERNHER, *Lectissimae commentationes in Pandectas* h. t. § 18. T. II, p. 630; MUELLER *ad* LEYSER *loc. cit.* p. 98 e seg. Tuttavia anche nei tempi moderni si è nuovamente difeso il concetto che le disposizioni captatorie siano nulle perchè in esse è posta la condizione che il captando faccia conoscere il contenuto del suo testamento. Così il BYLDERDYK, *Observationes et emendationes*, Lugduni Bataworum 1820, lib. 2 c. 1; BRUYNER, *Diss. de capt. institutionibus*, Lugd. Bat. 1823, due scritti che io però non ho potuto procurarmi. Contro questo concetto vedi SELL, *loc. cit.* pag. 304 seg.

in altri testi è riconosciuto in modo chiarissimo che non possono considerarsi captatorie le disposizioni che si riferiscono ad un testamento già fatto. Così PAOLO [100]) dice:

« Illae autem institutiones captatoriae non sunt, veluti si ita heredem quis instituat: *qua ex parte Titius me heredem instituit, ex ea parte Maevius* [1]) *heres esto;* quia in praeteritum, non in futurum institutio collata est » [2]).

Questo è anche il senso di un altro testo che così suona [3]): « Si ita scripserit testator: *quanta ex parte me a Titio heredem institutum recitassem, ex ea parte Sempronius mihi heres esto;* plane nullo recitato testamento ab ipso testatore inanis videbitur institutio, remota suspicione captatoriae institutionis ».

---

[100]) L. 11 pr. D. h. t.. Vedi un altro esempio in L. 2 pr. Dig. h. t.

[1]) Per la lezione vedi infra, nota 14.

[2]) Potevano perciò venire in discussione anche altri punti, come ad es. quello se la validità dipendesse dal fatto che il disponente fosse stato onorato nello stesso modo nel testamento dell'altro, vale a dire se dovesse essere onorato nello stesso grado o nella stessa misura. Ad ambedue queste questioni si risponde in modo negativo nella L. 20 § 2 D. *de condicionibus inst.* 28, 7: « si quis te heredem ita instituit: *si se heredem instituisses, aut quid sibi legasses*, nihil interest, quo se gradu is a te heres institutus, vel quid ei legatum sit, dummodo aliquo gradu id te fuisse probes ». BYNKERSHOECK, L. 1, c. 9, p. 369. *Jo.* JENSII ad *Iustin. Cod. ac Pand. stricturae* pag. 190.

S'intende da sè però che deve sempre tenersi in considerazione la volontà espressa o presunta come probabile del disponente. In un caso riferito da QUINTILIANO. *Declamationes* 3, 22, un uomo ricco aveva istituito erede universale un suo amico disponendo inoltre che un povero dovesse ricevere tanto quanto avrebbe lasciato a lui. Dopo la morte del ricco appare che il povero lo aveva istituito suo erede universale: e perciò pretende l'intera eredità del ricco; ma in tal caso egli non potrà ottenere se non quel tanto che aveva lasciato al ricco. Vedi LEYSER, sp. 376, m. 9. Un'altra questione era quella se quando alcuno avesse avuto riguardo al testamento di più persone disponendo che quanto ciascuna di esse avesse lasciato a lui, altrettanto dovessero esse ricevere dal suo testamento, e poi egli fosse onorato da uno solo, la disposizione dovesse esser nulla del tutto. La questione è decisa nel senso che la disposizione valga a favore di quello che ha onorato il disponente. L. 29 D. h t. BYNKERSHOEK, *loc. cit.* c. 9.

[3]) L. 81 § 1 D. h. t.

Secondo il glossatore Giovanni questa disposizione non è captatoria perchè il testatore non ha istituito erede quello al cui testamento si riferisce, bensì un terzo, Sempronio [4]). Ciò è falso pur potendo benissimo, come fra breve dimostreremo, anche la disposizione a favore di un terzo essere captatoria. Neppure merita favore la lezione secondo la quale le parole della disposizione sarebbero le seguenti: *quanta ex parte a me Titium heredem institutum recitassem, etc.* [5]) perchè se anche è possibile che un testatore esprima in questa forma il pensiero che Tizio e Sempronio debbano essere eredi a parte eguale, ciò non si concilia con le parole finali *remota suspicione captatoriae institutionis.* Il testo deve dunque intendersi di un testamento già fatto da Tizio, almeno nell'opinione del disponente, nè ciò potrebbe credersi diversamente per le stesse parole della legge che usano il tempo passato (*recitassem*) [6]). Il testatore adunque voleva dire: io istituisco Sempronio mio erede nella stessa misura in cui io sono stato istituito erede nel testamento di Tizio già da me letto; il giureconsulto soggiunge che se il testatore non ha effettivamente letto il testamento di Tizio la sua disposizione non vale, ma non è captatoria [7]). In ciò concorda pienamente un testo dei Digesti

---

[4]) Vedi la Glossa di Accursio, remota ad h. l. Altrettanto insostenibili sono le altre spiegazioni date nella Glossa di Accursio. È notevole che anche Antonio Agostino aderisce alla spiegazione di Giovanni, benchè poi la alteri in modo evidente aggiungendo che la inesistenza di una captazione è fuori di dubbio quando il testatore si riferisca ad un testamento già fatto (loc. cit. p. 1548).

[5]) Così legge la Vulgata. Le edizioni moderne seguono invece il testo fiorentino.

[6]) Del resto l'uso del più che perfetto congiuntivo invece del perfetto indicativo è strano, e il Jensius, *Stricturae*, pag. 187 invoca questo testo a sostegno della sua congettura che le *Pandette* da noi possedute non siano che una ritraduzione dal greco. È chiaro però che cosa voglia dire il giureconsulto.

[7]) *Scipio* Gentilis *de errorib. testam.* c. 6. in f. (opp. T. I, pag. 28). Bynkershoeck L. c. c. 8, pag. 368. Mueller L. l. p. 95-98. Concorda pienamente anche il Cuiacio *ad Pauli quaestiones* l. IX e *Observationes*

di Giuliano [8]) dove è trattata la questione se una disposizione scritta dall'onorato debba ritenersi nulla, cioè come non scritta, oppure, questo almeno è presupposto, se ciò che è stato così lasciato a lui debba andare all'erario. Il giureconsulto ammette la prima alternativa osservando: « nam Senatus, quum poenas legis Corneliae statueret adversus eum, qui sibi hereditatem vel legatum scripsisset, eodem modo improbasse videtur, quo improbatae sunt illae: *qua ex parte me Titius heredem scriptum in tabulis suis recitaverit, ex ea parte heres esto*, ut perinde haberentur, ac si insertae testamento non fuissent ».

La parola *recitaverit* è un futuro anteriore e deve riferirsi ad un atto non ancora avvenuto al tempo della disposizione captatoria, di maniera che questa disposizione è ben diversa da quella di cui è parola nella L. 81 § 1 D. h. t. [9]).

Si deve ritenere captatoria l'istituzione anche quando la condizione non si riferisca alla persona di un terzo.

« sed illud quaeri potest, an idem servandum sit, quod Senatus censuit, etiamsi in aliam personam captationem direxerit, veluti si ita scripserit: *Titius, si Maevium tabulis testamenti sui heredem a se scriptum ostenderit probaveritque, heres esto:* quod in sententiam senatusconsulti incidere non est dubium » [10]).

Il motivo di questa regola non è che la disposizione di ultima volontà non può farsi dipendere dall'arbitrio di un terzo [11]),

---

XVI, 11. Egli però distingue fra l'istituzione d'erede e la lettura del testamento; quella sta nel passato, questa si riferisce al futuro. Questa spiegazione non è necessaria perchè la manifestazione del contenuto di un testamento durante la vita del testatore non è affatto proibita (Sell, pag. 306 seg.) e perchè non concorda col senso delle parole. Anzi se questo fosse il caso, la validità della disposizione darebbe luogo a gravi dubbi. Vedi Bynkershoek, p. 368.

[8]) L. 1 D. *de his, quae pro non scr. hab.* (XXXIV, 8).

[9]) Majansius in *Diss. cit.* § 9. Sell, p. 302-305.

[10]) L. 71 § 1 D. *h. t.*

[11]) Questo equivoco si trova nei Glossatori ad L. 70, 71 pr. 81 § 1 D. h. t. Vedi in contrario Antonio Agostino *loc. cit.* p. 1549; Donello, *Commentarii iuris civilis* lib. 6° C. 19 § 18, 19. Anche il Sell, p. 296, argomenta in parte da ciò il divieto delle istituzioni captatorie.

bensì che il disponente può essere altrettanto interessato a vedere favorito nel testamento del captato un terzo, per es: un parente prossimo od un amico; s'intende però che un tal motivo non occorre sia provato, basta soltanto l'aggiunta della condizione perchè altrimenti non vi sarebbero più disposizioni captatorie riconoscibili esteriormente per segni visibili [12]). Più dubbio potrebbe essere se anche l'istituzione di persona diversa da quella che si vuole indurre alla disposizione possa ritenersi captatoria: per es. A dice: istituisco erede C se B mi istituisce erede. Anche qui la disposizione può essere fondata su un motivo esclusivamente captatorio, quando si istituisca una persona prediletta da quello del quale si cerca di captare la disposizione, per es: il figlio di lui; ciò è ammesso anche da coloro che interpretano diversamente un testo che tratta di un simile caso [13]). È questo la L. 71 pr. D. h. t. dove Paolo dichiara che l'istituzione — *qua ex parte Titius me heredem instituit ex ea parte Maevius heres esto* — non è captatoria, perchè la condizione è diretta al passato e non al futuro, da che segue per argomento *a contrario* che la disposizione dovrebbe ritenersi captatoria se la condizione si riferisse ad un testamento non ancor fatto. Tuttavia alcuni giureconsulti di gran valore ritengono che la lezione Maevius sia falsa e vogliono leggere invece *mihi* o *meus* dimodochè il senso sarebbe: Tizio sia mio erede per la parte nella quale egli ha istituito erede me [14]). Certo non è da negare che il mutamento riposa su buoni motivi perchè può esser benissimo che la sigla M, o la lettera *m* indicanti *mihi* o *meus* siano state male tradotte da un amanuense o, ciò che è più probabile, la parola *meus* fu da un amanuense posteriore erroneamente trascritta *Maevius*. E può anche far meraviglia che Paolo il quale voleva insegnare soltanto che

---

[12]) Vedi Basilici, h. l. t. IV, p. 795 ed. Fabrot; Bynkershoeck, c. 7; Jensius, *stricturae*, p. 189.

[13]) Bynkershoeck, c. 6°.

[14]) Bynkershoeck, c. 6°, p. 366 e gli altri scrittori citati dallo Schulting, *notae ad Digesta*, vol. V, p. 69 e seg.

una condizione diretta al passato non è captatoria, avesse scelto un esempio nel quale poteva anche nascere un altro dubbio. La correzione però non è necessaria in alcun modo e la lezione è anche confermata dai Basilici [15]). Inoltre si trovano nelle fonti due esempi simili i quali contengono appunto un riferimento ad un testamento già fatto, ma dai quali si può in modo sicuro argomentare pel caso contrario [16]).

Il concetto di istituzione captatoria può dunque essere formulato così [17]): essa esiste quando alcuno è istituito erede sotto la condizione che egli od un terzo istituirà il testatore [18]). L'effetto di una tale istituzione non è quello che la condizione si abbia per non scritta [19]), ma l'istituzione stessa non vale. Nascono a questo punto le seguenti questioni.

I. Che cosa deve dirsi quando la condizione captatoria non è scritta, ma la disposizione ha per fondamento una intenzione capta-

---

[15]) Vedi Basilici, *loc. cit.* dove l'istituzione è così riprodotta: *qua ex parte me Petrus heredem scripsit ex ea mihi Paulus heres esto.* Cuiacio, *observationes* XVI, 11. Donello, *Commentarii* VI, c. 6, § 20.

[16]) L. 2 pr. L. 81 § 1 D. h. t. Vedi sopra nota 7 e gli scritti ivi citati.

[17]) Quello che è detto delle istituzioni captatorie vale anche pei legati captatori, L. 64 D. *de legatis I*, 30: *captatoriae scripturae simili modo neque in hereditatibus neque in legatis valent.*

[18]) L'esattezza di questo concetto appare da quanto abbiam detto sin qua. Vedi anche Voet *ad Pandectas* h. t. § 28; Schweppe, *Roem. Privatrecht* (Diritto privato romano) Vol. V § 797, 4.ª ediz; Weber, *Erläuterung der Pandekten* (Spiegazione delle Pandette) II, § 1444; Wening, *Lehrbuch des gem. Civilrechts* (Trattato di diritto civile comune) Vol. III, § 459, 5.ª ediz. Concordano in sostanza, se non nelle espressioni usate, Eineccio, *ad legem Juliam et Papiam* p. 391 seg.; Thibaut, *Pand. loc. cit.* nota 7: Sell, p. 297.

[19]) Contro quest'opinione vedi in particolare Bynkershoeck, c. 10 p. 370. Lo scopo del senatusconsulto si sarebbe potuto raggiungere anche se si fosse dichiarata nulla la condizione e valida la istituzione captatoria come incondizionata, ma esso si otteneva con più sicurezza per la via che si è seguíta effettivamente e del resto le fonti dicono espressamente: *Senatus improbarit captatorias institutiones, captatoriae scripturae non valent, etc.*

toria? Se questo è dimostrabile con una precisione giuridicamente sufficiente, senza dubbio dovrebbe applicarsi il divieto, perchè un atto in frode della legge non cade meno sotto il divieto di questa che se violasse la legge alla lettera. Ma come si può riconoscere una simile intenzione? È possibile che tutti quelli che conoscono le persone e i loro rapporti e sentimenti e la condotta del captante ne abbiano la convinzione subiettiva o, come si direbbe, morale, ma non vi è qui un mezzo sufficiente per il giudice di scoprire e di render palese a tutti il vero motivo di questa disposizione. Le circostanze di fatto possono esser tali che vi sia una probabilità sufficiente anche come prova giuridica che il testatore non abbia avuto una volontà seria (vedi poco oltre); ma la prova che il testatore abbia disposto allo scopo di captare un posto nel testamento dell'onorato difficilmente si può fare [20]); una legge che volesse opporsi a tale specie di captazione dovrebbe proibire ad un povero di fare testamento a favore di un ricco o a chiunque di istituire erede qualunque persona verso la quale abbia avuto un contegno troppo evidentemente interessato.

Una tale legge però sarebbe ancora meno approvabile di quella che proibisse l'istituzione di coloro che abbiano provocato il sospetto di captazione con la loro condotta verso il testatore [21]).

II. Più importante e più dibattuta è la questione se la disposizione fatta a favore del captante nel testamento del captato valga o no. Di solito la questione è risolta in senso affermativo [22]) e questa opinione è stata difesa in una dissertazione speciale del THIBAUT [23]) seguìta di solito dai moderni [24]). Il BYN-

---

[20]) BYNKERSHOECK, L. l. cap. 5 p. 364. « hamus enim ille tacitus, ut, qui a me scriptus est heres, exemplo meo provocatus, me quoque scribat, unice pendet a secreto animi; *potest ea fuisse causa institutionis, potest fuisse alia, quis tuto dixerit?* ».

[21]) Vedi sopra, p. 767 seg.

[22]) Vedi MAIANSIO, *Diss. cit.* § 14; WERNHER, *Lectissimae comm.* h. t. § 18 in fine e gli scritti citati nelle note seguenti.

[23]) THIBAUT, *Saggi* I, n. 4.

[24]) Vedi SCHWEPPE e WENING, citati a nota 18 e SEUFFERT, *Lehrbuch des practischen P. R.* (Trattato pratico del diritto delle Pandette), Vol. III § 556; SELL, *loc. cit.* p. 308 seg. e altri.

KERSHOEK però crede il contrario, pur ammettendo che la comune opinione gli sia avversa [25]). Per l'opinione affermativa stanno argomenti assai validi. In primo luogo noi leggiamo che il Senatusconsulto proibì le disposizioni captatorie, ma non ci è detto che siano state proibite anche quelle captate. In secondo luogo è detto espressamente che la disposizione riferita ad altra disposizione passata dell'onorato è valida anche se tale riferimento sia fatto nella forma espressa della condizione; ora non deve ciò ammettersi tanto più quando il testatore non abbia nulla detto sul motivo della propria disposizione? È da osservare inoltre che la legge partiva dal concetto che le captazioni di questa specie non avrebbero avuto facile esito quando quegli al testamento del quale si riferiva il captante, sapesse che la disposizione del captante a suo favore sarebbe stata invalida [26]).

Il THIBAUT conferma questa sua opinione in particolare anche con un argomento *ab absurdo* [27]): poichè una disposizione, egli dice, è captatoria anche quando la condizione è diretta non al primo disponente, ma ad un terzo, seguendo tale ragionamento alcuno potrebbe facilmente annullare una disposizione a lui non gradita col porla come condizione della disposizione propria [28]). Limitiamoci a questa argomentazione. Deve bensì essere ammesso che una tale disposizione sarebbe captatoria nella forma, ma dove le circostanze sono della specie qui immaginata, la disposizione non

---

[25]) Cap. 10. — « Sed quid dicemus de institutione Titii per captationem elicita? Hanc valere, *plurimis interpretibus sedet* ». Segue l'esposizione della sua opinione ove osserva: « In alia omnia abivit Castrensis et reliqui fere omnes scholae veteris antistites ».

[26]) SELL, p. 308 e seg.

[27]) Più oltre dovremo occuparci di altre obiezioni del THIBAUT.

[28]) Il THIBAUT adduce il seguente esempio: poniamo che A abbia un fratello B il quale sarebbe suo erede intestato. Egli vuole però escluderlo nel testamento e istituire invece C, D, E, F. B viene a conoscere ciò e si aiuta coll'espediente di fare un testamento del seguente tenore: *si frater amicos C, D, E, F heredes scripserit, heredem eum instituo.* Se A avrà istituito veramente i quattro amici, il suo testamento cade e B diviene, come appunto voleva, l'unico erede.

si può più chiamare captatoria perchè manca l'*animus captandi.* Questo esempio prova adunque che è possibile riconoscere dal modo e dalle circostanze della disposizione che questa non sia diretta allo scopo di favorire quello al quale è diretta la condizione e non si deve perciò in tal caso guardare al fatto che la disposizione sia formalmente captatoria. Il BYNKERSHOEK osserva contro il primo argomento che in sostanza la condizione del captante non deve essere migliore di quella del captato e che è contraddittorio che il captante possa acquistarsi dei diritti mediante il proprio inganno, mentre il captato debba esserne danneggiato: il principio della validità della disposizione riferentesi ad un testamento già fatto si deve intendere secondo lui con questa modificazione, purchè l'ultima disposizione non sia prodotta da dolo o captata [29]). Il THIBAUT cerca di distruggere queste obiezioni osservando che non sempre la disposizione formalmente captatoria ha per iscopo di procurarsi un vantaggio [30]) e che non sempre colui che testa per ultimo è indotto a disporre dalla captazione [31]).

---

[29]) BYNKERSHOECK, p. 370.

[30]) THIBAUT, loc. cit. n. 1a, dove adduce il seguente esempio: « Ammettiamo che un fratello creda di essere odiato dall'altro. Il primo è ricco e volentieri lascierebbe qualche cosa all'altro, che è povero, se sapesse che questo non lo odia e che ha per lui tanto affetto che gli ha lasciato spontaneamente qualche cosa nel suo testamento. Egli gli lascia quindi tutto il suo patrimonio per il caso che ciò abbia fatto, nel caso inverso non vuole che egli ne abbia neppure la più piccola parte. Egli fa dunque in questo senso una istituzione captatoria. Ma dov'è qui la *captatio* in senso giuridico? Io non vedo ». E neppure io, ma che cosa prova ciò? Ne consegue forse che se il contenuto di una legge positiva potesse essere determinato secondo tali particolarità, il Senatusconsulto contro le istituzioni captatorie non avrebbe dovuto essere emanato? Perchè, se per il fatto che la disposizione formalmente captatoria può essere anche seria, quella che ne deriva deve valere, per il medesimo motivo si dovrebbe ritenere valida anche essa stessa.

[31]) Ivi n. 6. « Prendiamo, egli dice, ancora l'esempio precedente. Il fratello ricco vuol sapere che cosa farebbe per lui per affetto spontaneo il fratello povero e lo istituisce sotto la condizione che avvenga questo atto di liberalità. Se egli è astuto terrà nascosto il più possibile il con-

Ma il primo argomento prova troppo; da esso seguirebbe che anche la disposizione formalmente captatoria dovesse valere quando mancasse l'*animus captandi*: or questo non è ammesso neppure dal THIBAUT e se si ammettesse su ciò la prova contraria non sarebbe più possibile l'applicazione sicura del divieto delle disposizioni captatorie. Per ciò che riguarda il secondo argomento si può sempre eccettuare il caso che il secondo testatore non sia stato indotto alla sua disposizione dalla disposizione precedente, come se per es. questa gli fosse rimasta ignota: senza che perciò sia distrutta la regola che la disposizione captata non giova al captante. Quando infine il THIBAUT afferma che se anche il secondo disponente si può considerare veramente ingannato, egli erra su un punto di diritto e nessuno può invocare l'errore di diritto [32]), egli fa un'applicazione troppo generale e perciò inesatta della regola *juris ignorantia non nocet* [33]). Qui non si tratta di un acquisto di diritto per parte del captato, ma soltanto di sapere se il captante possa col proprio atto acquistarsi un vantaggio e ciò deve negarsi sulla base delle regole più sicure sugli effetti del dolo e della mala fede [34]). Certo, è esatto il dire che non sempre vi ha

---

tenuto del suo testamento, perchè se il fratello viene a conoscerlo agirà non più per affetto spontaneo, ma per egoismo. Posto ora che questi faccia spontaneamente ciò che l'altro desidera, chi può dire che, in queste circostanze, una parte volesse captare o abbia effettivamente captata l'altra?». Certo nessuno e io stesso ho ammesso che nel caso che possa dimostrarsi l'ignoranza della disposizione precedente, la seguente debba valere, ma se si deve fondare su ciò una regola generale si torna alla conclusione che anche la prima disposizione debba valere.

[32]) Ivi, n. 2.

[33]) Vedi la mia *Dissertazione sulla iuris et facti ignorantia* nell'*Archiv für die civ. Praxis* (Archivio della pratica civile) Vol. 3.° p. 376-418 seg. Anche qui deve notarsi quanto incompletamente avrebbe il legislatore agito per il raggiungimento del suo scopo, se, volendo escludere ogni effetto delle disposizioni captatorie, avesse poi dichiarata valida la disposizione captata pel fatto che il vero captato si trovasse in un errore di diritto, mentre appunto a quelli che sono ignoranti del diritto si rivolgono di preferenza queste arti fraudolente.

[34]) Il principio *nemini dolus suus prodesse debet* e l'altro, che chi agisce in mala fede non deve essere trattato meglio di quello a danno del quale

dolo in senso proprio quando alcuno pone una condizione che per il Senatusconsulto deve ritenersi captatoria: ma se partiamo dal principio che la legge ha formulato un concetto così generale delle disposizioni captatorie, appunto per opporsi quanto più è possibile alle captazioni, dobbiamo ammettere che le conseguenze giuridiche siano sempre le stesse. Qui non si tratta di una pretesa contro il captante sulla base del suo dolo, ma solo di impedirgli di acquistare per questo dei vantaggi; ora questo poteva avvenire senza contradizione come conseguenza della sua disposizione, anzi doveva avvenire e la legge doveva ottenere altrimenti il suo scopo. Che nei testi sulle disposizioni captatorie ciò non sia detto espressamente è cosa che non può avere importanza, perchè in primo luogo non vi è riferito esattamente il contenuto del Senatusconsulto, in secondo luogo non si può ammettere che la legge abbia voluto abrogare tutte le disposizioni generali sulle condizioni di acquisto dei diritti ed in particolare sugli acquisti per testamento, neppure se essa avesse avuto soltanto la disposizione generica: le disposizioni captatorie sono nulle.

Ma la disposizione captata si deve avere per non scritta oppure deve soltanto essa non giovare al captante? Se si ammette quest'ultimo concetto, il lascito sarà rivendicato dal fisco come *erepticium* ed è ciò che sostengono molti [35]). Infatti sembra che per questo concetto stiano gli argomenti prevalenti [36]), la captazione considerandosi sempre come un acquisto doloso ed un tale acquisto dovendo sempre, quando si tratti di successione di un de-

---

agisce così, hanno parecchie applicazioni nelle fonti. L. 1 § 1 D. *de doli mali excep.* 44, 4. L. 36 § 3 Dig. *de her. pet.* 5, 3 L. 4 § 12 D. *de doli mali exc.* 44, 4. L. 1 § 1, 2. L. 2 D. *si quis aliquem test. prohib.* 29, 6.

[35]) Vedi Maiansio, *Loc. cit.* § 14; Wening-Ingenheim, *Lehrbuch des gem...* (Trattato di diritto civile comune) III § 79. Il Fritz nella sua edizione di questo trattato, nota *a* al detto paragrafo, è contrario a questa opinione.

[36]) Non i testi citati dal Maiansio che il Sell, p. 310 e seg. dichiara giustamente prove insufficienti, ma altri. Vedi la nota seguente.

funto, andare al fisco [37]). Vero è che la legge fa dipendere la disposizione captatoria da un atto che non basta a provare il dolo, questo atto appare sempre per presunzione di legge come una illecita manovra per ottenere scopi egoistici mediante il testamento di un altro [38]) e deve perciò aversi qui la stessa conseguenza che produce il *captare hereditatem* [39]).

§ 1444 *a*.

Modo e forma della così detta istituzione di erede diretta.

La validità e l'efficacia della disposizione testamentaria dipendono di regola dalla istituzione di un così detto erede diretto [39a]). Così suole chiamarsi da noi il successore nella universalità dei diritti e delle obbligazioni trasmessibili di un defunto; i Romani lo chiamano semplicemente *heres*, nè occorre alcuna aggiunta determinativa per distinguere tale successore da un semplice legatario [40]). Noi intendiamo per erede diretto quello che sottentra direttamente ed immediatamente nei rapporti giuridici del testatore in contrapposto a quelli che possono ricevere qualche cosa

---

[37]) L. 1, 2 D. *si quis aliquem testari prohib.* 29, 6.

[38]) Quanto queste istituzioni fossero sfavorite è provato dal fatto che anche nel testamento di un soldato, il quale pure era esente da quasi tutte le regole limitative dal diritto positivo, non potevano essere ordinate. L. 11 C. *de test. mil.* 6, 21.

[39]) L. 1 pr. D. *si quis aliq. test. proh.* — — « Qui, *dum captat hereditatem* — — Divus HADRIANUS constituit, *denegari ei debere actiones, denegatisque ei actionibus fisco locum fore* ».

[39a]) GAJI *inst.* lib. II § 248 § 2 I. *de fideic. hered.*

[40]) In tedesco le parole *Erbe* e *Erbnahme* hanno qualche cosa di indeterminato e più ancora ne avevano quando non si era ancora abituati al concetto della successione ereditaria romana, come è adesso; la prima espressione era riferita a qualunque persona succedesse *ab intestato* in un *bonum avitum*, quindi Erbe equivale anche semplicemente a fondo allodiale, Erbnehmer (successore ereditario) è chiamato poi spesso chiunque riceva qualche cosa dal patrimonio di un defunto. Vedi HALTANS, *Glossarium germanicum medii aevi* voce *Erbe*, p. 355 e voce *Erbnehme*, p. 380.

soltanto supponendo l'esistenza e quindi per l' intermediario di un erede. Gli autori di questa espressione l'hanno desunta dalle parole *opus est ut aliquis recto iure testamento heres instituatur* (§ 2 I. *de fide her.* 2, 23) e dai *verba directa* (*solemnia*, *civilia*) che dovevano essere usati nella istituzione d'erede. A dir vero anche il legatario si potrebbe chiamare un successore diretto perchè i legati nell'antica forma civile dovevano essere ordinati parimente con *verba directa* o *civilia* [41]); alle disposizioni dirette non dovrebbero dunque contrapporsi i legati in generale, ma soltanto i legati in forma libera, cioè i fedecommessi, questi soli potendosi ordinare con espressioni precative, *precativo modo*, *verbis precariis* [42]).

Per lungo tempo l'istituzione di erede fu collegata all'uso di certe parole e quando anche non fu più necessaria l'antichissima forma si tenne sempre fermo il principio che dovesse essere ordinata in forma imperativa. La dipendenza di questa dalla forma si mantenne ancora più a lungo che per gli altri negozi giuridici. Così per es: nell'intervallo di tempo non lungo fra GAIO ed ULPIANO la stipulazione aveva perso la sua antica forma [43]), per la forma dell'istituzione di erede invece, ai tempi di ULPIANO, si era mantenuto ancora in vigore l'antico diritto non meno che ai tempi di GAIO. Questi dice: « Solemnis autem institutio haec est: *Titius heres esto*. Sed et illa jam comprobata videtur: *Titius*

---

[41]) ULPIANI *Fragm.* XXIV, § 1. « Legatum est, *quod legis modo*, *i. e. imperative* testamento relinquitur ».

[42]) ULP. *loc. cit.* « nam ea, quae precativo modo relinquuntur, fideicommissa vocantur »; Id. Tit. XXV. § 1, 2. « Fideicommissum est, quod non civilibus verbis sed precative relinquitur; nec ex rigore juris civilis proficiscitur, sed ex voluntate datur relinquentis. Verba fideicommissorum in usu fere sunt haec: *fideicommitto*, *peto*, *volo dari*, et similia ». — Vedi in particolar modo anche GAIO II, 289, dove i fedecommessi sono contrapposti a ciò che si lascia direttamente e sono annoverate fra le disposizioni di ultima volontà anche le nomine dei tutori.

[43]) GAIO ritiene ancora necessario l'uso della lingua latina e precisamente delle parole *dari spondes? spondeo* per la validità delle stipulazioni (III, 93) mentre ULPIANO ritiene già che ciò sia indifferente. L. 1 § 2, 6 D. *de verb. ob.* 45, 1.

heredem esse jubeo. At illa non est comprobata: *Titium heredem esse volo*; sed et illae a plerisque improbatae sunt: *heredem instituo, item heredem facio* » [44]).

ULPIANO lo riproduce quasi alla lettera [45]). Una costituzione degli imperatori COSTANTINO, COSTANZO e COSTANTE dell'anno 339 dichiara soltanto non esser più necessario l'uso di parole o formole determinate e ritiene sufficiente che il testatore abbia espressa la sua volontà in modo chiaro ed intelligibile [46]).

« Quoniam indignum est, ob inanem observationem irritas fieri tabulas et judicia mortuorum, placuit, ademtis his, quorum imaginarius usus est, institutioni heredis verborum non esse necessariam observantiam, *utrum imperativis et directis verbis fiat, an inflexis*. Nec enim interest, si dicatur: *heredem facio*, vel *instituo*, vel *volo*, vel *mando*, vel *cupio*, vel *esto*, vel *erit*, sed quibuslibet confecta sententiis, vel in quolibet loquendi genere formata institutio valeat, *si modo per eam liquebit voluntatis intentio*. Nec necessaria sint momenta verborum, quae forte seminecis balbutiens lingua profudit. Et in postremis ergo judiciis ordinandis amota erit solemnium verborum necessitas, ut, qui facultates proprias cupiunt ordinare, — — — *quibuscunque verbis uti* liberam habeant facultatem ».

Si potrebbe credere sulla base di questa costituzione che il testatore potesse servirsi anche di una lingua diversa dalla latina, ma ciò non fu ammesso che un secolo più tardi [47]). In ogni caso però già fin da quella costituzione era ammesso che non occorresse più una formula imperativa e diretta per l' istituzione di erede e bastasse invece anche una formula indiretta (*verba in-*

---

[44]) GAJI *inst*. II § 117.
[45]) ULP. *Fragm*. Tit. XXI.
[46]) L. 15 C. *de testam*. (VI, 23); del 339.
[47]) L. 21 in fine Cod. *eodem* di TEODOSIO II e VALENTINIANO del 439: « Illud etiam huic legi prospeximus inserendum, ut etiam graece omnibus liceat testari ».

flexa) [48]) purchè apparisse fuor di dubbio l'intenzione del testatore di nominare un erede. È chiaro dunque che vi ha istituzione valida quando si è detto: lascio o lego a Tizio tutto il mio patrimonio, oppure, voglio che Tizio abbia dopo la mia morte tutto il mio patrimonio. Ma se le espressioni sono tali che non possono neppur materialmente riferirsi all'istituzione di erede, come se il testatore abbia lasciato alla persona da lui onorata cose o quantità determinate senza alcuna formula d'istituzione, qui non si può applicare il principio che l'istituzione d'erede, anche parziale, abbia, in forza della regola *nemo pro parte testatus, etc.* efficacia totale, e l'intera disposizione non può valere se non come codicillo *ab intestato* [49]) e questo pure non avviene quando il testatore abbia avuto intenzione di nominarsi un erede, ma questa intenzione non sia riconoscibile dalle parole della disposizione e questa non sia confermata colla clausola codicillare.

Non può infatti ritenersi abolito il principio che quando la nomina di erede voluta dal testatore non possa valere non siano per regola validi neppure i legati [50]); qui anzi si applica l'inse

---

[48]) Dei medesimi imperatori e della medesima data 1.° febbraio 339 è anche una costituzione nella quale è dichiarato superfluo l'uso di formule determinate per i legati e per i fedecommessi. L. 21 Cod. *de legatis* 6, 37. Il MAREZOLL, *Zu der Lehre von Vermaechtnissen* (sulla dottrina dei legati) nella *Zeitschrift für Civilrecht und Process* (Rivista di diritto e procedura civile) Vol. IX, p. 248 sembra la ritenga una speciale costituzione, mentre invece essa è probabilmente una parte della L. 15 Cod. *de testamentis* 6, 23. Certo è però che in tal modo non sono stati aboliti affatto i diversi effetti delle varie specie di legati, nè tanto meno furono parificati i legati ai fedecommessi, perchè l'una e l'altra cosa avvennero soltanto per opera di GIUSTINIANO. Vedi ROSSHIRT, *Lehre von den Vermaechtnissen* (Teoria dei legati) Vol. 1.° p. 103 e seg. MAREZOLL, *Rivista di diritto e procedura civile*. Vol. IX, p. 247 e seg.

[49]) L. 3 pr. L. 8 § 1. L. 13 § 1. L. 16 D. *de jur. codicillor.* (XXIX, 7).

[50]) L. 178 D. *de reg. iur.* (« Cum principalis causa non consistat, plerumque ne ea quidem, quae sequuntur, locum habent »). — Mediante la clausola codicillare si può ritenere istituita anche una persona non nominata nel testamento (L. 88 § 17 D. *de legatis*, II, 31) e talvolta anche i legati sono confermati per forza di legge. Vedi per es: L. 96 § 1 D. *de legatis* I, 30. Nov. 115 cap. 3 in fine e cap. 4 in fine.

gnamento di Ulpiano: « eum, qui testamentum facere opinatus est, nec voluit quasi codicillos id valere, videri nec codicillos fecisse; ideoque quod in illo testamento scriptum est, licet quasi in codicillis potuerit valere, tamen non debetur » [51]). In altre parole l' intenzione del testatore di nominarsi un erede diretto nella persona designata senza espressa formale istituzione deve essere indubitata e conciliabile colle parole usate.

Qui nasce la questione se il *positus in condicione* possa ritenersi istituito erede. Prima di tutto è da fissare che cosa si intenda per *positus in condicione.* In generale si designa per tale chiunque sia enunciato in una condizione sotto la quale un altro è istituito, per es: Tizio sia mio erede se egli sposerà mia sorella. In tal caso però nessuno vorrà dire che la sorella debba considerarsi istituita. La questione può nascere soltanto nei casi nei quali è possibile che l'*in condicione positus* sia ritenuto istituito, così se alcuno è istituito sotto la condizione che un altro non esista al momento della delazione dell' eredità, quest'ultimo è un *in condicione positus* e si domanda se la persona nominata nella condizione non debba ritenersi istituita per prima e non escluda perciò l'istituito sotto condizione. Esempio: il testatore dice: istituisco erede Tizio se Mevio morirà prima di me. Mevio deve ritenersi istituito, in guisa che l'eredità vada a lui se egli sopravvive all'erede? oppure, altro caso: io istituisco erede M, ma se questi muoia senza figli l'eredità vada a Z. Devono i figli di M considerarsi istituiti direttamente o per fedecommesso? Le opinioni degli scittori sono state sempre assai divise, sebbene i più diano risposta negativa ed ammettano il principio *positus in condicione non positus est in dispositione* [52]). Fra i difensori dell'opinione op-

---

[51]) L. 1 D. *de iure codicillorum* 29, 7; L. 13 § 1 in fine D. *eodem.*

[52]) A. Gail, *Practicorum observationes*, lib. II obs. 136, n. 18, 19. Confr. Hoepfner, *Comm.* § 474 nota 4, § 603 nota 2. Schweppe, *Das R. Privatrecht* (Diritto privato romano) Vol. V § 809, ediz. Mejer: Wening-Ingenheim, *Lehrbuch* (Diritto civile comune) II § 66.

posta è da menzionare in particolar modo il HEISLER [53]) il quale tratta ampiamente la questione, solo però riguardo ai figli del testatore o, trattandosi di sostituzione, del primo erede nominato nella formula della condizione, e giunge alla conclusione che essi debbano ritenersi istituiti quando appaia che il testatore li abbia voluti favorire. Anche questo scrittore però si pronuncia contro una decisione affermativa generale della questione, ed infatti nulla è più facile che dimostrare che la regola *positus in condicione positus in dispositione* in molti casi contrasterebbe alla volontà del testatore [54]). Sebbene però qualche argomento si possa addurre a favore della soluzione affermativa nel senso limitato ammesso dall'HEISLER, gli argomenti prevalenti ed in particolare le dichiarazioni delle fonti sono per l'opinione contraria. POMPONIO per esempio decide che se alcuno istituisca erede altri sotto la condizione che il proprio figlio sia morto al momento della delazione dell'eredità, il figlio si abbia a ritenere come preterito [55]). Questa decisione non si spiega col principio che per l' istituzione degli eredi necessari occorreva una rigorosa formalità perchè in un altro

---

[53]) *P. J.* HEISLER (resp. PAULI) *Diss. de liberis, positis in conditione, comprehensis etiam in dispositione*. Hal. 1754.

[54]) I motivi che possono indurre un testatore a una disposizione di questa specie difficilmente si riconoscono con sicurezza, ma non si può negare che egli possa essere stato condotto a ciò dal desiderio di escludere la dannosa influenza della persona nominata nella condizione sull'erede e sul patrimonio di lui. (Un caso simile è citato dall'HEISLER, loc. cit. § 14). Il testatore non vede alcun mezzo di sottrarre l'erede ad un ambiente nel quale sarebbe condotto alla corruzione ed alla dissipazione e allora lo istituisce sotto la condizione che la persona, della cui perniciosa influenza egli teme, non esista più al momento della delazione dell'eredità. Poichè un tal motivo sarà difficilmente espresso nel testamento, la regola *positus in condicione positus in dispositione* condurrebbe certamente nel caso di sopravvivenza di quella persona ad un processo.

[55]) L. 16 in fine D. *de vulg. et pup. subst.* (XXVIII, 6) — « Si secundum testamentum ita fecerit pater ut sibi heredem instituat, *si vivo se filius decedat*, potest dici, non rumpi testamentum quia secundum non valet, *in quo filius praeteritus sit* ». AVERANII, *Interpr. jur.* Lib. I cap. 10, n. 16.

testo è fatta un'applicazione generale del principio *positus in conditione positus non est in dispositione* [56]).

Ma neppure deve essere ammesso che queste disposizioni appartengano all'antico diritto formale e siano state abolite dalla

---

[56]) Questo testo tanto discusso suona così: « Ex facto etiam agitatum Pomponius et Arrianus referunt, si quis vacua parte relicta ita instituerit: *si mihi Sejus heres non erit*, quem non instituerat. *Sempronius heres esto;* an hic occupare possit vacantem portionem? Et Pegasus quidem existimat, ad eam partem admitti: Aristo contra putat, *quia huic pars esset data, quae nulla esset.* Quam sententiam et Javolenus probat, et Pomponius, et Arrianus; et hoc iure utimur ».

La maggior parte dei manoscritti e delle edizioni leggono le parole della condizione così come sono stampate qui, nella Fiorentina però il *non* è indicato come sospetto e per la cancellazione di esso si è dichiarato anche Antonio AGOSTINO, *Emendationes et opiniones* lib. II, cap. 2 nel *Thesaurus* di OTTONE, vol. IV, p. 1435. Se anche però si legga la frase come affermativa (*si mihi Seius heres erit*), il caso appartiene sempre al nostro argomento, soltanto bisogna immaginare che Sempronio sia coerede di Seio. Però la forma negativa si adatta evidentemente assai meglio all'insieme del discorso ed è quindi difesa anche dal CUIACIO, *Comm. ad h. l.*, dal JAUCH *de negationibus Pand. Flor.* pag. 11 163, 164 e dal MAIANSIO *ad XXX iurisc. fragm.* II, p. 222. Il caso deve essere immaginato nel modo seguente: il testatore istituisce Tizio, per esempio per un sesto, pel resto non c'è disposizione diretta, ma è disposto che se Seio non diverrà erede, sia erede Sempronio. Questi pretende di occupare la parte vacante, ma ciò è ritenuto impossibile perchè non si può considerare vacante una parte che non esiste (Vedi MAIANSIO, p. 222 e seg. e WESTPHAL, *von Testamenten* (dei testamenti) § 641). Per decidere a favore di Sempronio bisogna considerare questo come sostituto di Seio e quindi ammettere che quest'ultimo sia l'istituito: ora che ciò abbia voluto effettivamente il testatore è da ritenersi come cosa tanto probabile che se fosse possibile una interpretazione secondo la volontà di lui, Seio sarebbe a ritenere istituito nella parte vacante e in mancanza di esso sarebbe fondata la pretesa di Sempronio. Si vede quindi chiaramente che i giureconsulti classici non ammettevano una istituzione che si potesse argomentare per conseguenza. Del resto alcuni vorrebbero riferire la domanda *an hic occupare possit* a Seio, ma ciò non è ammissibile nè pel nesso logico nè per le regole di grammatica. Confronta FABRO, *Coniecturae* l. V, c. 20.

L. 15 C. *de testamentis* [57]). Un espediente di questa specie non può ammettersi facilmente quando un testo del Codice sia più antico della compilazione delle Pandette [58]); almeno finchè sia possibile una conciliazione e quando per trovar la contraddizione bisogna aggiungere al testo del Codice qualche cosa che non c'è. La L. 15 citata dispone che non si debba guardare alle parole quando si riconosca la volontà del testatore; per conseguenza devono ritenersi validamente istituiti i figli del testatore quando questi dica: io lego il mio patrimonio ai miei figli; nè si può trovare un sol testo nelle Pandette che dica il contrario. Con ciò si concilia però perfettamente la regola che la disposizione debba avvenire con parole dispositive [59]), perocchè questa non è da considerarsi come un residuo della giurisprudenza formulare, bensì piuttosto come la conseguenza necessaria del fine, cui si tende, della piena ed indubitata certezza della volontà del testatore. Conseguenze come quella in questione possono però ingannare non ostante ogni apparenza di sicurezza; esse sono tanto più dubbie perchè non si comprende facilmente qual motivo avrebbe spinto il testatore, se veramente avesse voluto istituire la persona nominata nella condizione, ad esprimere la sua volontà quasi clandestinamente sotto quella forma, mentre avrebbe potuto esprimerla apertamente con poche parole.

Gli avversari però danno molta importanza ad un testo dei

---

[57]) Così il Boemher, *Diss. de verbis directis et obliquis*; *Exercitationes ad Pandectas*, T. I, n. IV, § 17; Heisler, *Diss. cit.* § 13, 19; Hoepfner, *Commentario*, § 474, nota 4.

[58]) Vedi Thibaut, *Civilistische Abhandlungen* (Dissertazioni di diritto civile), pag. 83 seg.

[59]) Gail. *obs. pract.* Lib. II obs. 136, Nr. 18. 19. — Faber, *Error. pragm.* Dec. XXVI, err. 1; *Sam.* Stryk, *cautel. test.* cap. 16, § 3; Reinharth, *obs. ad Christin.*, Vol. IV, obs. 23. — Schwepper (o Mejer), *Roem. Privatrecht* (Diritto privato romano), vol. V, § 809, nota 8.

responsi di SCEVOLA [60]) nel quale è detto chiaramente che i *positi in condicione* sono da preferire ai sostituiti [61]):

« Lucius Titius, qui fratrem habebat, testamento ita cavit: *Titius frater meus ex asse mihi heres esto: si mihi Titius heres esse noluerit, aut, quod abominor, prius morietur, quam meam hereditatem adierit, aut filium filiamve ex se natum natamve non habebit, tunc Stichus et Pamphilus servi mei liberi et heredes mihi aequis partibus sunto* ».

Seguono altre questioni, che possono essere trascurate insieme con una parte della risposta, perchè non hanno alcun nesso col nostro argomento e poi il giureconsulto continua:

« Respondit — — —, si frater adiit, Stichus et Pamphilus heredes non erunt, quos eo amplius noluit heredes esse, si frater, prius quam hereditatem adiret, decessisset liberis relictis; nam prudens consilium testantis animadvertitur: *non enim fratrem solum heredem praetulit substitutis, sed et eius liberos* ».

Debbono le parole finali intendersi nel senso che i figli siano da considerare primi sostituiti, cioè *secundo loco instituti* in modo che in mancanza del padre essi debbono ereditare ad esclusione dei sostituiti espressamente Stico e Panfilo? Se la questione si risolve in senso affermativo dobbiamo ammettere che il testo di SCEVOLA contraddica alle decisioni di altri giureconsulti romani, oppure che esso abbia per fondamento uno speciale favore dei figli. Infatti nella interpretazione e nell' applicazione delle disposizioni di ultima volontà, talvolta si ha anche un tale riguardo ai figli dell'erede che non si può negare che essi siano in certo

---

[60]) L. 85 Dig. *h. t.*

[61]) HEISLER, *Diss. cit.*, § 8 — S'invoca anche la L. 37 pr. D. *h. t.*: « Cum in testamento scribitur, *si filius meus me vivo morietur, nepos ex eo post mortem meam natus heres esto*: duo gradus heredum sunt ». Ma qui non si disputa se il figlio sia da considerare istituito, ma se il nipote sia divenuto erede *iure substitutionis*. L. 29 D. *de liberis et postumis*, 28, 2. — A. FABER, *Error. pragmat.* Dec. XXVI, error. 3 et 5; *Ferd. Christoph.* HARPRECHT, *Diss. de tacita hered. instit.* Th. IX (in *Dissert. academ.*, Vol. I, p. 1372).

senso favoriti [62]), ma non si trova alcuna traccia del fatto che questo favore sia esteso sino al punto da ritenere i figli per onorati quando non possono ritenersi tali secondo le regole generali. Se noi esaminiamo il testo più da vicino vediamo che il giureconsulto tende a determinare sotto quali condizioni i sostituiti siano esclusi e risponde: non soltanto dai fratelli del testatore che siano stati istituiti eredi, ma anche dai figli di lui, perchè il testatore li ha menzionati appunto per dimostrare che egli li preferisce ai sostituiti. Ma la spiegazione più facile di questa decisione è che i figli del fratello non sono stati presi in considerazione come eredi testamentari quanto piuttosto come eredi intestati: ed infatti si suole dagli scrittori dare questa spiegazione della decisione di SCEVOLA [63]). Un fratello istituisce il suo prossimo erede intestato, il proprio fratello, e sostituisce a questo direttamente Stico e Panfilo sotto la condizione che il primo erede muoia senza figli; questa condizione deve avverarsi come ogni condizione lecita affinchè il diritto dei sostituiti si attui. Se pertanto l'erede istituito muore prima di adire l'eredità, ma lasciando figli, questi succedono *ab intestato* e lo scopo del testatore di escludere i sostituiti a vantaggio di essi è raggiunto anche senza che egli li abbia istituiti eredi direttamente. Analogo è il caso deciso da SCEVOLA in un altro luogo [64]):

« Si quis ita heres instituatur: *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam;* puto deficere conditionem testamenti, illo vindicante ».

---

[62]) Vedi infra il testo alla nota 68.

[63]) CUIACIUS in *comment.* ad *h. l.* (« Scaevola — substitutis liberos praeferri ait, legitimos ergo testamentariis; nam liberi ex testamento non veniunt, quippe cum instituti non sint »). — GAIL, num. 20, A. FABER, *Error. pragm.* Dec. XXVI, err. 1, p. 3. VOET ad *Tit. Pand. de lib. et post.* § 9. — Athan. OTEYZA et OLANO, *paralip. jur. civ.*, Lib. I, C. 10, num. 10 sq. in MEERMANNI, *Thes.* T. I, p. 409. Questo scrittore ritiene nulla importi se il figlio indicato nella condizione si debba considerare sostituito oppure erede *ab intestato*.

[64]) L. 82 D. *h. t.*

Certo nessuno dirà che qui l'erede intestato sia istituito *primo loco*, eppure esso escluda l'erede testamentario [65]).

Ma non dovrà ammettersi almeno una sostituzione fedecommissaria del *positus in condicione* quando un fedecommesso espresso sia fatto dipendere dal caso che quello non esista? Per es.: il testatore dice: istituisco erede A. e se egli muoia senza discendenza legittima restituisca l'eredità a B. I discendenti di A. non dovranno considerarsi come gli eredi fedecommessari prossimi, posto che un fedecommesso può ordinarsi anche tacitamente? Così si è ritenuto che fosse un fedecommesso a favore del figlio nella disposizione colla quale un testatore, avente un figlio ed una figlia, aggiungeva all'istituzione di quest'ultima l'onere che essa non potesse testare prima di aver figli; questo fu interpretato nel senso che l'eredità o la quota di essa dovesse, in caso che la figlia morisse senza prole, andare a favore del fratello [66]). Ancora si è interpretato come fedecommesso il divieto di alienazione quando appaia a favore di chi questi sia imposto [67]). Il riguardo che nelle disposizioni fedecommissarie si è sempre avuto ai figli dell'onerato è provato nel modo più chiaro dal fatto che, quando il testatore abbia istituito eredi i proprii figli senza prole coll'obbligo di restituire l'eredità dopo la loro morte a terza persona, questo fedecommesso si considera inefficace quando gli eredi muoiono lasciando figli [68]). Ma, per rimanere al caso nostro, in esso i figli non sono ancora da considerare come sostituiti a titolo di fedecommesso [69]). La volontà del testatore deve apparire in

---

[65]) Vedi Cuiacio ad L. 82 D. *h. t.*

[66]) L. 74 pr. *ad S. C. Treb.* 36, 1. Vedi del resto infra nota 70.

[67]) L. 114, § 14 D. *de leg.* I, 30, L. 38, § 7, D. *de leg.* III, 32. Confr. Fabro, *Errores pragm.* dec. 36, err. 4. Altri casi di fedecommessi taciti, vedi in L. 69 pr. D. *de leg.* II, 31, L. 11, § 4 D. *de leg.* III, 32, L. 78 pr. *ad S. C. Treb.*, 36, 1.

[68]) L. 102 D. *de cond. et dem.*, 35, 1. Confr. L. 30 Cod. *de fideic.* Vedi Voet *ad Pand. Tit. ad S. C. Treb.*, 36, 1, § 17, 18.

[69]) Fabro, *Errores pragmaticorum*, dec. 26, err. 6 in f.

modo sicuro dalla disposizione affinchè possa ammettersi un fedecommesso tacito [70]) e questo non è il caso quando la efficacia della sostituzione si fa dipendere dalla morte senza figli dell'erede principale.

Il testatore anche coll'esprimere questa condizione fa conoscere soltanto che egli non vuole che l'eredità paterna sia diminuita per i figli per l'intervento del fedecommissario, ma non anche che l'erede sia gravato di un fedecommesso a favore dei proprii figli. Del resto ci è anche stato conservato un rescritto imperiale dal quale appare la esattezza dell'opinione da noi difesa. Un tale era stato istituito coll'onere di restituire la eredità a un certo Licinio Rufo qualora morisse senza prole. L'erede che non aveva ancora figli venne a transazione con Licinio Rufo cedendogli una parte dell'eredità contro la rinuncia al suo eventuale fedecommesso. Più tardi però l'erede ebbe un figlio, Filino, il quale dopo la morte del padre impugnò la transazione per la ragione che la condizione del fedecommesso non si era adempiuta. Gli imperatori respinsero questa pretesa come infondata [71]). Su che cosa si poteva fondare Filino se non sul concetto che l'eredità lasciata al padre gli dovesse spettare come un fedecommesso? Nessun dubbio infatti potrebbe sorgere sul punto che una transazione fatta con un avente un diritto condizionato, pendente la condizione, con la rinuncia dell'uno al diritto e dell'altro alla condizione non possa essere impugnata per il fatto che la condizione venga poi a mancare [72]).

---

[70]) Altrimenti è un *nudum praeceptum*, cioè una disposizione che non obbliga: Vedi L. 38, § 4, L. 93 pr. D. *eod.* L. 77, § 24 D. *de leg.*, II, 31. Questa disposizione è molto simile a quella della L. 74 pr. *ad S. C. Treb.*, 36, 1 (vedi nota 66), ma doveva essere ritenuta un *nudum praeceptum* perchè il testatore secondo le parole della disposizione era stato indotto ad essa più pel bene dell'erede che pel bene del terzo. Vedi Pothier nelle prime note a questo testo: *Pand. Just. de leg.*, n. 438.

[71]) Su questo testo vedi in particolare gli scolii dei Basilici XI, 1, 62 e la nota 6 nella traduzione tedesca del *Corpus iuris* di Schneider, vol. V, p. 277.

[72]) Heisler, *loc. cit.*, § 19 trova il motivo della decisione unicamente nella incertezza esistente ancora al momento della decisione sull'avverarsi

Il risultato della precedente trattazione è dunque questo, che anche nel diritto nuovo sono necessarie parole dispositive per la nomina di un così detto erede diretto, perchè la volontà del testatore non sarebbe altrimenti riconoscibile con sufficiente sicurezza. Non è però de ritenere facilmente che l'*in condicione positus* sia da considerare erede, non bastando ciò neppure per ammettere l'esistenza di un fedecommesso, che pure può ordinarsi tacitamente. Del resto nulla importa quali siano le parole usate dal testatore.

In antico era necessario per la validità dell'istituzione d'erede che essa, o almeno una di esse, se gli eredi fossero più, precedesse tutte le altre disposizioni [73]). Già al tempo dei giureconsulti classici non si seguiva più rigorosamente questa regola [74]), solo GIUSTINIANO però dichiarò indifferente l'ordine nel quale si seguissero le singole disposizioni nel testamento [75]). Secondo una disposizione di questo imperatore, nei testamenti scritti il nome doveva essere scritto di mano del testatore o di uno dei testimoni [76]). Ma anche questa prescrizione fu poi abolita da lui stesso [77]).i

Il HELLFELD seguita al § 1444 indicando come condizione necessaria per la validità dell'istituzione di erede che essa non abbia per oggetto un patrimonio estraneo al testatore. Dalla nota IV appare che l'autore avrebbe preso occasione da ciò alla interpre-

---

della condizione. Ma il padre non poteva per ciò essere autorizzato a privare il figlio del suo diritto alla sostituzione fedecommessaria, se questa fosse stata voluta.

[73]) GAJI, *Inst.*, II, § 229: « Ante heredis institutionem inutiliter legatur, scilicet quia testamenta vim ex institutione heredis accipiunt, et ob id velut caput et fundamentum intelligitur totius testamenti heredis institutio ». — PAULLI, *Sent. rec.*, Lib. III, tit. VI, § 2.

[74]) Ad una istituzione d'erede potevano farsi precedere fedecommessi e anche nomine di tutori e diseredazioni, purchè almeno uno fra i più eredi fosse istituito prima. Vedi ULPIANO, XXV, 8, § 43, I. *qui dar. tut. test. poss.*, 1, 14, L. 1 p., D. *h. t.* PAOLO, *Sent.*, III, 6, 2. — Ai tempi di GAIO però questo non era ancora diritto ricevuto. GAIO, II, 231.

[75]) § 34 I. *de legatis*, 2, 20, L. 24 Cod. *de testam.*, 6, 23.

[76]) § 4 I. *de test. ord.*, 2, 10, L. 29 Cod. *de test.*, 6, 23.

[77]) Nov. 119, c. 9 e Auth. *Et non observato*, Cod. *de testam.*, 6, 23.

tazione della L. ult. C. *de pactis* e del principio che i legati possono invece avere per obietto diritti patrimoniali non spettanti al testatore. La citata legge del Codice contiene la disposizione di GIUSTINIANO secondo la quale l'alienazione dell'eredità di un terzo vivente per parte dell'erede presunto è nulla mancando il consenso del presunto autore futuro. Essa è stata già spiegata in altro luogo [78]) e non appartiene del resto alla presente trattazione più di quello che vi appartenga l'altro principio testè enunciato del quale si parlerà nel titolo dei legati.

[78]) Vedi il § 1013 del *Commentario*. Aggiungi ora la trattazione del HASSE, *Rheinisches Museum* (Museo Renano di giurisprudenza), II, 218-241.

INDICE ALFABETICO

DELLE PRINCIPALI MATERIE TRATTATE NEL PRESENTE VOLUME

B

Binubo *pag.* 545

C

Cancellazione (nel testamento) » 372
Capacità di succedere » 393
Captatorie (disposizioni) » 767
Catoniana regula » 406
Chiesa cattolica » 611
Clausola *derogatoria* » 109
Clausola *iuratoria* » 121
Condicione (positus in) » 786
Condizione risolutiva » 754
Coniuncti heredes » 761

D

Diffamatore » 485
Disposizioni pie » 613
Disposizioni captatorie » 767
Distruzione del testamento » 369

F

Figli di Famiglia » 465
Figli naturali » 529
Foeminae probresae » 491

H

Heres ex re 740
Heres excepta re 740

I

Incapacità *pag.* 440
Incerta persona » 548
Ius capiendi » 419

L

Lex Iulia et Papia » 347
Lex Voconia » 500

M

Municipio » 598

O

Oncia » 707

P

Patto successorio » 3
Persone giuridiche » 595
Postumo » 555
Postumo (agnazione di) » 319

R

Riconoscimento del *test. iniustum* » 87
Revoca del testamente » 161

S

Schiavi » 443

T

Termina pag. 754
Testamentum destitutum » 343
Testamentum iniustum » 81
Testamentum irritum » 324
Testamentum misticum pag. 766
Testamentum reciprocum » 137
Testamentum ruptum » 108, 319

U

Universitates Iudaeorum » 481

INDICE DELLE FONTI

a) *Pandette.*

LIB. I.

Tit. 5. — *De statu hominum.*

L. 20 pag. 325 nota 33
L. 26 » 556 nota 98

LIB. II.

Tit. 15. — *De transactionibus.*

L. 3 pag. 90 nota 17, 100
L. 14 » 102

LIB. III.

Tit. 4. — *Quod cuiuscumque universitatis nomine vel contra eam agatur.*

L. 1 pag. 605
L. 7 § 1 » 634 nota 15

LIB. V.

Tit. 2. — *De inofficioso testamento.*

L. 6 pag. 566

Tit. 3. — *De hereditatis petitione.*

L. 19 pag. 70 nota 43

LIB. XXIII.

Tit. 2. — *De ritu nuptiarum.*

L. 41 pag. 489 nota 45

Tit. 3. — *De iure dotium.*

L. 72 pag. 70

Tit. 5. — *De fundo dotali.*

L. 1 § 1 pag. 70 nota 42

LIB. XXVIII.

Tit. 1. — *Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta fiant.*

L. 18 § 1 pag. 331
L. 22 § 4 » 83
L. 25 » 270
L 29 » 263, 267

Tit. 2. — *De liberis et postumis heredibus instituendis vel exheredandis.*

L. 4 pag. 575
L. 5 » 575
L. 7 » 290
L. 9 » 574
L. 28 § 3 » 577
L. 29 » 586

Tit. 3. — *De iniusto, rupto, irrito facto testamento.*

L. 2 pag 236
L. 12 » 337
L. 16 » 228
L. ult. » 389

Tit. 4. — *De his quae in testamento delentur, inducuntur vel inscribuntur.*

L. 1 pag. 387, 389
L. 3 » 373
L. 4 » 172 nota 63
L. ult. » 381

Tit. 5. — *De heredibus instituendis.*

L. 6 § 2	pag. 395 nota 16
L. 9 pr.	» 763
L. 9 § 5	» 275
— — § 8	» 760 nota 71
L. 11	» 771
L. 13	» 704, 710
L. 15	» 275
L. 32	» 453 nota 93
L. 34	» 756 nota 55
L. 48 § 2	» 444 nota 64
— — § 3	» 761 nota 73
L. 49 § 1	» 395, 760 nota 72
L. 50 § 2	» 704
L. 51 § 1	» 771
L. 59 § 2	» 703
— — § 4	» 401
L. 62	» 759
L. 63	» 704 nota 77
L. 66	» 704
L. 77	» 766 nota 87
L. 78 § 1	» 709
L. 81 § 1	» 773
L. 87	» 720
L. 89	» 452 nota 89
L. 92 (93)	» 312

Tit. 7. — *De condicionibus institutionum.*

L. 10	pag. 766 nota 87

Lib. XXIX.

Tit. 1. — *De testamento militis.*

L. 6	pag. 724 nota 38
L. 15 § 1	» 758 nota 60
L. 22	» 326 nota 34
L. 34 § 8	» 192
L. 36 § 3	» 215
L. 41	» 493, 758 nota 60

Tit. 2. — *De adquirenda vel omittenda hereditate.*

L. 5 § 1	pag. 327 nota 37
L. 35	» 458
L. 43	» 447 nota 77
L. 80 § 2, 3	» 457
L. 97	» 304

Tit. 3. — *Testamenta quemadmodum aperiantur, inspiciantur et describantur.*

L. 2 § 1	pag. 88 nota 11

Tit. 4. — *Si quis omissa causa testamenti ab intestato vel alio modo possideat hereditatem.*

L. 6	pag. 255

Tit. 7. — *De iure codicillorum.*

L. 1	pag. 248 nota 30
L. 2	» 571
L. 3	» 249 nota 31
L. 6 § 2	» 130
L. 8 § 1	» 223 nota 38
L. 13 § 1	» 249 nota 30 *a*

Lib. XXX.

De legatis et fideicommissis (I).

L. 12 § 3	pag. 116
L. 14	» 114 nota 95
L. 73 § 1	» 602
L. 112 § 3, 4	» 125
L. 127	» 566

Lib. XXXI.

De legatis et fideicommissis (II).

L. 51	pag. 412 nota 73
L. 55 § 1	» 463 nota 25
L. 66 § ult.	» 602
L. 77 § 23	» 126
L. 82 § 2	» 455
L. 89 (ult.)	» 132

Lib. XXXII.

De legatis et fideicommissis (III).

L. 11 § 2	pag. 263
L. 18	» 305
L. 22	» 110 nota 83, 112 nota 92
L. 23	» 520
L. 80	» 701
L. 81	» 306

Lib. XXXIII.

Tit. 10. — *De suppellectile legata.*

L. 7 § 2	pag. 764 nota 79

Lib. XXXIV.

Tit. 4. — *De adimendis vel transferendis legatis vel fideicommissis.*

L. 22	pag. 214

Tit. 5. — *De rebus dubiis.*

L. 5 pag. 572
L. 6 » 572
L. 20 » 602

Tit. 7. — *De regula Catoniana.*

L. 3 pag. 406 nota 56
L. 4 » 406

Tit. 9. — *De his quae ut indignis auferantur.*

L. 5 pag. 90, 92
L. 12 » 171
L. 14 » 498

LIB. XXXV.

Tit. 1. — *De condicionibus et demonstrationibus et causis et modis eorum quae in testamento scribuntur.*

L. 3 pag. 230 nota 57
L. 6 » 230 nota 58

Tit. 3. — *Si cui plus quam per legem Falcidiam licuerit legatum esse dicetur.*

L. 4 pag. 100 nota 48 *a*

LIB. XXXVI.

Tit. 1. — *Ad Senatusconsultum Trebellianum.*

L. 6 § 4 pag. 603
L. 20 (29) » 599
L. 30 (29) » 308, 310 nota *k*
L. 76 » 253 nota 46

LIB. XXXVII.

Tit. 1. — *De bonorum possessionibus.*

L. 3 § 4 pag. 603

Tit. 4. — *De bonorum possessionibus contra tabulas.*

L. 12 § 1 pag. 291

Tit. 11. — *De bonorum possessione secundum tabulas.*

L. 1 § 1 pag. 176
— — § 5 » 315
— — § 7 » 315 nota 46
— — § 9 » 325
L. 1 § 11 pag. 391
L. 2 pr. » 89 nota 15
L. 3 » 586
L. 11 § 1 » 212
— — § 2 » 335
L. ult. » 720 nota 27

LIB. XXXVIII.

Tit. 2. — *De bonis libertorum.*

L. 47 § 1 pag. 587

Tit. 3. — *De libertis universitatum.*

L. 1 § 1 pag. 597

Tit. 6. — *Si tabulae testamenti nullae extabunt.*

L. 1 § 6 pag. 167
— — § 8 » 372

Tit. 16. — *De suis et legitimis heredibus.*

L. 2 § 6 pag. 253 nota 50
L. 3 § 9 » 557
L. 6 » 588
L. 9 » 459

LIB. XXXIX.

Tit. 6. — *De mortis causa donationibus et capionibus.*

L. 37 pag. 435 nota 40

LIB. XLI.

Tit. 1. — *De acquirendo rerum dominium.*

L. 62 pag. 70 nota 43

LIB. XLIV.

Tit. 4. — *De doli mali et metus exceptione.*

L. 4 § 10 pag. 169 nota 54, 210
— — § 11 » 210

LIB. XLV.

Tit. 3. — *De stipulatione servorum.*

L. 1 § 4 pag. 448 nota 79

LIB. XLVII.

Tit. 22. — *De collegiis et corporibus.*

L. 3 § 1 pag. 632

Lib. XLVIII.

Tit. 10. — *De lege Cornelia de falsis et de Senatusconsulto Liboniano.*

L. 6 pr. pag. 77 nota 63, 79 nota 73

Lib. XLIX.

Tit. 15. — *De captivis et de postliminio et redemptis ab hostibus.*

L. 22 pag. 332

Tit. 17. — *De castrensi peculio.*

L. 19 § 2 pag. 725 nota 42

Lib. L.

Tit. 16. — *De verborum significatione.*

L. 70 pag. 549
L. 130 » 168
L. 142 » 703 nota 69-72

Tit. 17. — *De diversis regulis iuris antiqui.*

L. 7 pag. 221
L. 35 » 162
L. 40 » 326 nota 37
L. 100 » 162
L. 183 » 83

b) *Codice.*

Lib. I.

Tit. 2. — *De sacrosanctis ecclesiis et de rebus et privilegiis earum.*

L. 19 pag. 646

Tit. 3. — *De episcopis et clericis et orphanotrophis et xenodochis, et brephotrophis, et ptochotrophio et ascceteriis, et monachis et privilegiis eorum, et castrensi peculio, et de redimendis captivis et de nuptiis clericorum vetitis seu permissis.*

L. 24 pag. 616
L. 28 » 616
L. 40 » 618 nota 100

Tit. 5. *De haereticis et manichaeis et Samaritis.*

L. 4 § 5 pag. 328

Tit. 9. — *De iudaeis et coelicolis.*

L. 1 pag. 481

Tit. 18. — *De iuris et facti ignorantia.*

L. 4 pag. 96 nota 42

Tit. 17. — *Ne fiscus vel res pubblica procurationem alicui patrocinii causa in lite praestet.*

L. 1 pag. 516 nota 42
L. 2 » 516 nota 42

Lib. III.

Tit. 14. — *De pactis conventis tam super dote quam super donatione ante nuptias.*

L. 3 pag. 69
L. 6 » 71

Lib. V.

Tit. 3. — *De donationibus ante nuptias.*

L. 19 pag. 546

Tit. 27. — *De naturalibus liberis.*

L. 2 pag. 529
L. 7 » 534

Tit. 37. — *De administratione tutorum.*

L. 25 pag. 259 nota 65

Lib. VI.

Tit. 23. — *De testamentis, quemadmodum testamenta ordinantur.*

L. 3 pag. 520
L. 12 » 81
L. 15 » 783
L. 20 » 522
L. 21 § 5 » 237
L. 27 » 177

Tit. 24. — *De heredibus instituendis et quae personae heredes institui non possunt.*

L. 4 pag. 762 nota 74
L. 7 » 764
L. 8 » 603
L. (ult.) » 553

Tit. 25. — *De institutionibus vel substitutionibus seu restitutionibus sub condicione factis.*

L. 8 pag. 275

Tit. 35. — *De his quae ut indignis auferentur.*

L. 4 pag. 303

Tit. 36. — *De codicillis.*

L. 3 pag. 112

Tit. 37. — *De legatis.*

L. 23 pag. 710

Tit. 42. — *De fideicommissis.*

L. 2 pag. 96 nota 41

Tit. 51. — *De caducis tollendis.*

L. 1 § 13 pag. 351

Tit. 61. — *Da bonis quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter acquiruntur et eorum administratione.*

L. 6 pag. 468 nota 50

Lib. VIII.

Tit. 51. — *De postiminio reversis.*

L. 9 pag. 333

Lib. IX.

Tit. 8. — *Ad legem Iuliam majestatis.*

L. 5 pag. 476

c) *Istituzioni.*

Lib. I.

Ti. 17. — *De legitima patronorum tutela.*

Pr. pag. 557 nota 100

Tit. 7. — *De donationibus.*

§ uit. pag. 446 nota 75

Tit. 14. — *De heredibus instituendis.*

Pr. pag. 444 nota 64
§ 1 » 446 nota 71 seg.
§ 2 » 462
§ 6 » 718 nota 22
§ 8 » 719 nota 23
§ 9 » 756 nota 55
§ 29 » 761 nota 63
§ 32 » 449 nota 83

Tit. 17. — *Quibus modis testamenta infirmantur.*

§ 2 pag. 232, 253
§ 5 » 80 nota 79
§ 7 » 166, 171
§ 8 (ult.) » 334, 513

Tit. 19. — *De heredum qualitate et differentia.*

§ 4 pag. 433

Tit. 20. — *De legatis.*

§ 25 pag. 570 nota 48
§ 27 » 583

d) *Novelle.*

Nov. 1 pag. 352
Nov. 12 » 540
Nov. 22 c. 33 » 566
Nov. 89 c. 15 » 497
Nov. 115 pag. 320
Nov. 117 c. 6 » 497
Nov. 131 c. 11 » 619
Nov. Leonis 44 » 259 nota 66

e) Gaio (*Istituzioni*).

Lib. I.

147 pag. 569 nota 43

Lib. II.

105 pag. 165 nota 45
120 » 338
144 » 232, 344
148 » 239, 336
149 pag. 239, 336
244 » 449 nota 83
274 » 508
285 » 570 nota 48
287 » 571

Lib. III.

98 pag. 230 nota 56
173 » 164 nota 44

f) Ulpiano (*Liber singularis regularum*)

XI, 16 pag. 442
XVI, 1 » 423 nota 2
— 3 » 493 nota 53
XVII, 1 » 425 nota 5, 426
XX, 14 » 426
XXII, 3 » 419, 426
— 5 pag. 598
— 9 » 453 nota 93
— 10 » 450
— 6 » 610
XXIV, 28 » 600

g) *Vaticana fragmenta.*

158 pag. 423 nota 2
214 » 421 nota 2
216-219 pag. 422 nota 2

h) *Codex Theodosianus.*

Lib. IV.

Tit. 4. – *De testamentis et codicillis.*

L. 1 pag. 525
L. 2 pag. 525
L. 3 » 522
L. 6 » 173

INDICE GENERALE

LIBRO VENTOTTESIMO (Vol. III).

(Segue Titolo II).

§ 1425 *f.* La successione necessaria secondo le leggi tedesche e la sua applicazione al patto successorio 1

Titolo III.

De iniusto, rupto irrito facto testamento.

§ 1426. Dei testamenti invalidi in generale 76
§ 1427. In ispecie, 1.° del « testamentum iniustum » 81
§ 1428. 2.° Del « testamentum ruptum » e in particolare, 1.° in conseguenza di mutamento di volontà del testatore. Osservazioni introduttive 108
§ 1429. (2. In particolare, *a*) della revoca del testamento (così detta *revocatio verbalis*) 161
§ 1430 *b*. Della revoca reale mediante un nuovo testamento . . 218
§ 1431. Modificazioni della regola e in particolare della coesistenza di più testamenti 307
§ 1432. 2.° Rottura del testamento per agnazione di postumo . . 319
§ 1433. 3.° Del « testamentum irritum (factum) » 324
§ 1433 *a*. 4.° Del « testamentum destitutum ». 343

Titolo IV.

De his, quae in testamento delentur, inducuntur, vel inscribuntur.

§ 1434. Della distruzione fisica del testamento e degli effetti ordinari di essa. 369
§ 1435. Dei casi nei quali le disposizioni contenute in un testamento distrutto in tutto od in parte seguitano a valere. 384

TITOLO V.

De heredibus instituendis.

§ 1436. Introduzione 392
§ 1437. Della capacità di essere erede. Concetto di essa e distinzione dalla mancanza di « ius capiendi » 393
§ 1437 *a*. Della capacità di succedere per testamento delle persone soggette alla potestà altrui 443
§ 1438. Singoli motivi d'incapacità 474
§ 1438 *a*. Delle cause d'incapacità relativa 500
§ 1438 *b*. Limiti alla capacità di succedere in conseguenza della regola « incerta persona heres institui nequit » . . . 548
§ 1439 Istituzione di più eredi (coeredi) 700
§ 1440. Forma dell'istituzione « Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest » 723
§ 1441. Effetti della regola « Nemo pro parte testatus, ecc. » e suo valore odierno 739
§ 1442. Designazione chiara della persona dell'erede . . . 758
§ 1443. Del così detto testamento mistico 766
§ 1444. Divieto delle disposizioni captatorie 767
§ 1444 *a*. Modo e forma della così detta istituzione di erede diretta 781
Indice alfabetico 795
Indice delle fonti 797

MILANO — SOCIETÀ EDITRICE LIBRARIA — MILANO

PICCOLA BIBLIOTECA SCIENTIFICA

Accanto alle opere di vaste dimensioni e ai trattati in diversi volumi, la *Società Editrice Libraria* credette opportuno di creare una **Piccola Biblioteca Scientifica**, la quale accoppiasse alla straordinaria comodità del formato nuovissimo, la eletta e quasi aristocratica scelta del contenuto.

La **Biblioteca** che si inizia deve rispondere alle più elevate esigenze degli studi moderni, italiani e stranieri, e perciò non sono chiamati a cooperarvi se non i migliori insegnanti e scrittori del nostro paese. È questa l'unica condizione che può assicurarne la fortuna.

La *Società Editrice Libraria* tuttavia vuole anche dare alla nuova sua pubblicazione un carattere di geniale e comoda originalità, che valga a differenziarla da ogni altra e la raccomandi subito alla simpatia del pubblico. Fu per questo che, vista l'accoglienza favorevolissima ottenuta dal nostro MANUALE D'UDIENZA, la *Società* pensò di adottarne la carta, il formato ed i tipi per la sua **Piccola Biblioteca Scientifica.** Così in eleganti volumetti, dalla facile lettura, e che per le dimensioni si prestano ad accompagnare dovunque, amici fidati e non ingombranti, lo studioso, si troverà raccolto l'identico materiale che occupa quei grossi volumi in 16° che non si possono leggere se non nel proprio studio.

Il prezzo dei volumi della nostra **Piccola Biblioteca Scientifica** potrà sembrare a tutta prima un po' alto in confronto a quelli di molte opere in 16°, ma il pubblico dovrà persuadersi che questi appunto, come ricchezza di contenuto, non valgono più di quelli, sebbene ingombrino e pesino assai di più.

La *Società Editrice Libraria* insomma vuole soddisfare al nobilissimo desiderio di tutti coloro che bramano di possedere una buona e scelta biblioteca in pochissimo spazio.

Si sono pubblicati:

1. **Principii fondamentali di diritto costituzionale generale,** del professore *Vincenzo Miceli*. Un vol. di pag 320 leg. in tela e oro L. 3.—
2. **Principi fondamentali di diritto giudiziario penale,** del prof. *Ferdinando Puglia*. Un volume di pag. 376, legato in tela e oro L. 4.—
3. **Nozioni elementari di medicina legale,** ad uso degli studenti di giurisprudenza e dei giuristi, del prof. *Lorenzo Borri*. Un vol. di pagine 596 legato in tela e oro . . . . . L. 6.—
4. **Manuale di procedura civile** del Prof. *Carlo Lessona*. Un volume di pagine 580 legato in tela e oro . . . . . L. 6.—
5. **Manuale di diritto penale** del prof. *Cesare Civoli*. Un volume di pagine 1380 legato in tela e oro . . . . . L. 12.—
6. **Manuale delle Pandette,** del prof. *Contardo Ferrini*. Un volume di pagine 992 legato in tela e oro . . . . . L. 10.—
7. **Manuale di diritto amministrativo italiano,** del Prof. *Santi Romano*. Un volume di pagine 592 legato in tela e oro L. 6.—
8. **Manuale di diritto internazionale pubblico e privato,** del professore *Luigi Olivi*. Un vol. di pag. 950 legato in tela e oro L. 10.—
9. **Manuale di storia del diritto romano,** del Prof. *Pietro Bonfante*. Un volume di pagine 376 legato in tela e oro . . L. 4.—
10. **Manuale di filosofia del diritto,** del Prof. *Vincenzo Lilla*. Un volume di pagine XVI-612 legato in tela e oro . . L. 7.—

In preparazione:

Manuale di diritto civile.
Manuale di economia politica.
Manuale di diritto ecclesiastico.
Manuale di storia del diritto italiano.
Manuale di diritto finanziario.
Manuale di enciclopedia giuridica.
ed altri.